

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

*“La responsabilidad internacional del Estado por la
desaparición forzada de personas”*

Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Alumno: Pietro Sferrazza Taibi
Directora: Ana Manero Salvador

Getafe-Madrid
1 de Septiembre de 2011.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

**TESINA PARA LA OBTENCIÓN DEL MASTER EN ESTUDIOS AVANZADOS
EN DERECHOS HUMANOS**

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS” DE LA
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.**

AUTOR: PIETRO SFERRAZZA TAIBI

DIRECTORA: ANA MANERO SALVADOR

1 DE SEPTIEMBRE DE 2011

*A mis padres y hermana,
por su apoyo incondicional
en la toma de todas mis decisiones*

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

ACLARACIONES PRELIMINARES.	15
1. EL ACOTAMIENTO CONCEPTUAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.	18
1.1. La autonomía conceptual de la desaparición forzada de personas.....	18
1.2. Paralelo entre la desaparición forzada de personas y otras figuras.	22
1.2.1. Paralelo entre la desaparición forzada y el secuestro.	22
1.2.2. Paralelo entre la desaparición forzada y la tortura.	24
2. EL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.....	27
2.1. La privación de libertad.	27
2.2. La denegación de información.	32
2.3. El sujeto activo.....	34
2.3.1. Clasificación y conceptualización de los sujetos activos.	35
2.3.2. La organización política como sujeto activo en el Estatuto de Roma	35
2.3.3. Las posiciones enfrentadas sobre el agente no estatal como sujeto activo.	37
2.3.4. La ambigüedad de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas en la regulación del sujeto activo.	41
2.3.5. Un dilema dogmático: la posibilidad denegar la información para agentes estatales indirectos y agentes no estatales.	45
2.4. La sustracción a la protección de la ley.....	47

2.4.1.	El elemento temporal.	49
2.4.2.	El elemento intencional.....	50
2.4.3.	La incorporación del elemento temporal y del elemento intencional en la definición de desaparición forzada del Estatuto de Roma.	52
CONCLUSIONES PRELIMINARES.....		56

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL.

ACLARACIONES PRELIMINARES.		60
1. LA DESAPARICION FORZADA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL DIRECTO.....		61
1.1. Principio de unidad del Estado e imputabilidad de las desapariciones forzadas.		61
1.1.1.	Principio de unidad del Estado como regla de imputabilidad.....	62
1.1.2.	La imputabilidad de la desaparición forzada cometida por agentes estatales directos.	64
1.2. Actos <i>ultra vires</i> e imputabilidad de la desaparición forzada.....		68
1.2.1.	Actos <i>ultra vires</i> como regla de imputabilidad.....	69
1.2.2.	La imputabilidad de la desaparición forzada cometida por agente estatal directo que actúa <i>ultra vires</i>	72
1.3. El agente estatal directo en los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas.		75
2. DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL INDIRECTO.....		76
2.1. Control, dirección, instrucciones e imputabilidad de la desaparición forzada.....		76
2.1.1.	Control, dirección e instrucciones como regla de imputabilidad.....	76
2.1.1.1.	Control.....	78
2.1.1.1.1.	La sentencia <i>Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua</i> de la CIJ y el estándar de control efectivo.....	79

2.1.1.1.2.	La sentencia <i>Tadić</i> del TPIY y el estándar de control global.	81
2.1.1.1.3.	Observaciones adicionales a la teoría del control global.	85
2.1.1.1.3.1.	Ámbito de aplicación del estándar de control global.	86
2.1.1.1.3.2.	Paralelo entre el ámbito de aplicación del art. 4 y del art. 8 del <i>Proyecto de la CDI</i>	87
2.1.1.1.3.3.	<i>Ratio juris</i> del estándar de control global.	89
2.1.1.2.	Dirección e instrucciones.	90
2.1.2.	La imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por agente estatal indirecto que actúa por control, dirección o instrucciones del Estado.	97
2.1.2.1.	Control.	98
2.1.2.2.	Dirección e instrucciones.	107
2.2.	El agente estatal indirecto en los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas.	110
CONCLUSIONES PRELIMINARES.		111

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DESAPARICIONES FORZADAS COMETIDAS POR AGENTES NO ESTATALES.

ACLARACIONES PRELIMINARES.		116
1. LOS AGENTES NO ESTATALES: UNA CATEGORÍA DE DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN.		117
1.1.	La conceptualización de los agentes no estatales.	119
1.2.	La sistematización de los agentes no estatales.	122
1.3.	Análisis de las categorías de agentes no estatales.	126
1.3.1.	Rebeldes, insurgentes, beligerantes.	126
1.3.2.	Movimientos de liberación nacional.	131
1.3.3.	Grupos de oposición armada.	137
1.4.	La fuerza del derecho de los derechos humanos en el conflicto armado.	146

2. LA IMPUTABILIDAD DE ACTOS COMETIDOS POR AGENTES NO ESTATALES.	153
2.1. Las reglas de imputabilidad establecidas en el <i>Proyecto de la CDI</i>.	153
2.1.1. Movimiento insurreccional o de otra índole.	153
2.1.2. Ausencia o defecto de autoridades oficiales.	160
2.2. La aplicación del estándar de diligencia debida.	164
2.2.1. Aproximación general a la noción de la debida diligencia en el Derecho internacional público.	164
2.2.2. La imputabilidad por infracción del estándar de diligencia debida en supuestos de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales....	167
2.2.2.1. La obligación de respeto y garantía: pilares obligacionales en la protección de los derechos humanos.	168
2.2.2.2. La relación entre la obligación general de garantía y la diligencia debida en la práctica internacional.	171
2.2.3. La aplicación de la diligencia debida para casos de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales.	176
2.2.3.1. Análisis de la práctica internacional del Comité contra las Desapariciones Forzadas y del Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas e Involuntarias. ..	176
2.2.3.2. Análisis de la jurisprudencia de la CorteIDH y del TEDH.	182
CONCLUSIONES PRELIMINARES.	190
CONCLUSIONES.	195
BIBLIOGRAFÍA.	202
Doctrina.	202
Instrumentos internacionales.	214
Jurisprudencia.	226

ABREVIATURAS

AGONU	Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas
AC	Appeal Chamber (Sala de Apelaciones)
art.	artículo
CAT	Committee against Torture (Comité contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas)
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
cfr.	confróntese
CG	Convenios de Ginebra
CG(III)(IV)	Convenio de Ginebra (III)(IV)
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIPPDF	Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas
cit.	citado(a)
coord(s).	coordinador(es)
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CS	Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas
DPPDF	Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
EC	Elemento de los Crímenes del Estatuto de Roma de la CPI
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas
ed(s).	editor(es)
ER	Estatuto de Roma (de la CPI)
et al.	y otros

GC	Grand Chamber (Gran Sala)
GTDFI	Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias
GTPDFP	Grupo de Trabajo entre período de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
HRC	Human Rights Council (Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas)
ibíd.	ibídem
íd.	ídem
n.	nota al margen
nº	número
ONU	Organización de Naciones Unidas
op.	obra
PICG	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).
PIICG	Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
p(p).	página(s)
res.	resolución
s.e.	sin editorial
s.l.	sin lugar
t.	tomo
TC	Trial Chamber (Sala de Juicio)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
trad.	traducción
v. gr.	Verbi gratia
vid.	véase
vol.	volumen

vs.	versus
VV.AA.	Varios autores
párr(s).	párrafo(s)

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las desapariciones forzadas es una de las más atroces violaciones de los derechos humanos, no sólo por la brutalidad de sus conductas constitutivas, sino también por lo angustioso de sus consecuencias.

Se trata de una práctica reciente, que se originó a mediados del siglo XX y que se ha mantenido vigente hasta nuestros días. Sus primeros antecedentes pueden ser hallados en las actividades desarrolladas por el GULAG¹ de la Unión Soviética de los años 30. Entre otras funciones, se preocupaba de la administración de los campos de trabajos forzados hacia los que condujo un número indeterminado de detenidos, sin dar noticia alguna de su destino, para luego ejecutarlos sin proceso previo².

La desaparición forzada también fue una práctica utilizada durante la Guerra Civil Española y la dictadura de Franco. Según lo afirmado por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, más de 30.000 cuerpos no identificados permanecen en fosas comunes desparramadas por todo el territorio español. En la mayoría de dichas fosas se encuentran cadáveres de ciudadanos españoles desaparecidos tras ser arrestados por grupos armados bajo las órdenes de Franco³.

¹ Acrónimo de *Glavnoye Upravleniye Ispravitel'no-Trudovih Lagyeryey i koloniy*, en castellano, Dirección General de Campos de Trabajo.

² AMBOS, Kai/BÖHM, María Laura. “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en AA.VV., *Desapariciones forzadas de personas. Análisis comparado e internacional*, Kai Ambos y Juliana Correa (coords.). Bogotá: Temis, 2009, p. 199 y nota al margen nº 8.

³ Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica. *Segunda presentación de la ARMH ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU* [En línea], 20 agosto 2002. Disponible en <<http://www.memoriacatalunya.org/documents/doc130.htm>> [Consulta: 23 de agosto de 2011]. Algunas de las fosas comunes contienen una ingente cantidad de cadáveres, v. gr., en las fosas de Mérida habrían aproximadamente 3500 personas; en las de Oviedo, unas 1.600 personas; en las de Gijón, 2000 personas; en las de Sevilla, 2500 personas; en Teruel, 1005 personas y la lista sigue. Algunas de las fosas están ubicadas lugares realmente insólitos. Por ejemplo, en Palencia, un sector del antiguo cementerio fue convertido en un parque infantil, debajo del cual yacen unos 250 cadáveres de represaliados. Vid. HERNÁNDEZ, Belén. “Una fosa común bajo los columpios” [En línea]. *El País*, 17 de agosto de 2011. Disponible en <http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac_15/Tes>. [Consulta: 23 de agosto de 2011]. La mayoría de las fosas se encuentran debajo de cunetas, caminos, zanjas y minas. Una compilación de noticias periodísticas sobre este tema puede ser consultada en la siguiente página web de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica: <<http://www.memoriahistorica.org.es/joomla/>>. [Consulta: 30 de agosto de 2011].

La desaparición también fue uno de los tantos horrores del nazismo. En efecto, el decreto denominado *Nach-und-Nebel-Erlass* (Noche y Niebla) del 7 de diciembre de 1941, fue el instrumento jurídico destinado a cumplir el designio de Hitler, consistente en hacer “desvanecer” unas siete mil personas sospechosas de pertenecer a la resistencia en Francia, Bélgica, Holanda y Noruega, siete mil almas cuya suerte y paradero se ocultaron con la finalidad de divulgar entre la población un miedo tan intenso que paralizare toda intención disidente⁴.

Durante los años sesenta en adelante, el fenómeno se expandió descontroladamente por todo el continente latinoamericano, en el contexto de las dictaduras militares. Prácticamente, casi todos los países de ese sector del globo cuentan con su propio historial de desapariciones con ciertos denominadores comunes. No son pocos los estudiosos que explican estas semejanzas en base a razones geopolíticas íntimamente relacionadas con la Guerra Fría y la política exterior de Estados Unidos en Latinoamérica, que contribuyó a la aniquilación de la disidencia de izquierdas, inspirándose en la doctrina de la seguridad nacional⁵.

Pensar en desaparición forzada como un fenómeno histórico es un error. En el último informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias (en adelante, GTDFI), se transmitieron 105 nuevas denuncias a 22 Gobiernos de todas partes del globo. Pero el gran problema es que decenas de miles de casos siguen sin resolver⁶. Sólo para dar un ejemplo de la actualidad del fenómeno, según fuentes de la organización no gubernamental AVAAZ, a la fecha en que se concluyó la presente investigación, existen más de 3000 casos de desaparecidos a manos del régimen sirio desde que comenzó el conflicto interno, en marzo del año 2011, cifra destinada a aumentar con el avanzar del tiempo⁷.

⁴ Office of the United States Chief of Counsel For Prosecution of Axis Criminality. *Nazi Conspiracy and Aggression*. 8 vols. Washington: t. III, United States Government Printing Office, 1946, pp. 533-534. La práctica de las desapariciones forzadas fue utilizada

⁵ Cfr., sólo a título de ejemplo, BORZUTZKY, Silvia. "The politics of impunity: the cold war, state terror, trauma trials and reparation in Argentina and Chile", *Latin american research review*, vol. 42, n° 3, october 2007, pp. 167-186 y MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. "La desaparición forzada de personas en América Latina", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 1996, VII, pp. 63-129.

⁶ GTDFI. "Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias", en Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGONU). Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 16º período de sesiones. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), párrs. 558-559.

⁷ AVAAZ. *¡Salvemos los desaparecidos de Siria!* [En línea], 27 de julio de 2011. Disponible en <https://secure.avaaz.org/es/syrias_disappeared/>. [Consulta: 23 de agosto de 2011].

Julio CORTÁZAR escribió hace unos años que “*es imposible enfrentar el hecho de las desapariciones sin que algo en nosotros sienta la presencia de un elemento infrahumano, de una fuerza que parece venir de las profundidades, de esos abismos donde inevitablemente la imaginación termina por situar a todos aquellos que han desaparecido. Si las cosas parecen relativamente explicables en la superficie –los propósitos, los métodos y las consecuencias de las desapariciones–, queda sin embargo un trasfondo irreductible a toda razón, a toda justificación humana*”⁸. El asombro que genera la maldad intrínseca en la desaparición forzada de personas ha inspirado la realización del presente trabajo de investigación, cuya finalidad es analizar algunos aspectos de esa superficie explicable, específicamente, algunos tópicos de Derecho internacional público vinculados con la responsabilidad internacional del Estado.

Pese a la actualidad, vigencia, generalidad y difusión del fenómeno de la desaparición forzada, no existen muchos trabajos doctrinarios de Derecho internacional público que la analicen desde una perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta es una razón adicional que ha motivado la realización de este trabajo, porque parece ser indispensable reflexionar con hondura sobre los diferentes aspectos jurídicos internacionales de la desaparición forzada, más aun si se toma en consideración la reciente entrada en vigencia de la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra de la desaparición forzada* (en adelante, *CIPPDF*)⁹, ocurrida el 23 de diciembre del año 2010.

El objetivo central de este trabajo es el estudio de la responsabilidad internacional que puede caberle al Estado por la desaparición forzada de personas. Para tal efecto, la exposición de la investigación se ha estructurado en tres capítulos. El primero de ellos, de carácter introductorio, tiene por objeto elaborar una aproximación general al concepto de desaparición forzada de personas en el espectro internacional, prestando especial atención al sistema universal de protección. En esta primera mirada, se pretende acotar los márgenes definitorios de la desaparición forzada, justificando su

⁸ CORTÁZAR, Julio. “Negación del olvido”, *Araucaria Chile*, n° 14, 1982, p. 21-23.

⁹ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (AGONU). *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. A/RES/61/177, adoptada el 20 de diciembre del 2006 y entrada en vigor el 23 de diciembre del 2010.

autonomía conceptual, diferenciándola de figuras afines y analizando cada uno de sus elementos constitutivos, deteniendo la reflexión en los nudos dogmáticos que generan discusión. Los otros dos capítulos de la obra, analizarán la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. El capítulo II, se dedicará a la configuración de la responsabilidad internacional frente a hipótesis de desapariciones cometidas por agentes del Estado, mientras que el tercer y último capítulo del trabajo abordará el análisis de la responsabilidad internacional estatal ante supuestos de desapariciones cometidas por agentes no estatales. Al final de esta obra se esbozarán algunas conclusiones.

Si bien la perspectiva metodológica de análisis transversal a todo el texto es de Derecho internacional de los derechos humanos, muchos de los tópicos a explicar, requieren un enfoque complementario desde el Derecho penal internacional o el Derecho internacional humanitario. Por lo demás, estas ramas del Derecho internacional no pueden constituir compartimentos estancos y requieren una continua retroalimentación.

Es cierto que la consecuencia más desoladora de la desaparición es la ausencia de los desaparecidos con todos sus males anexos, que atormentan la existencia de los familiares de las víctimas y de toda sociedad que se vea golpeada por este delito. Sin embargo, el estudio y la reflexión de los mecanismos internacionales que intentan evitar o prevenir la desaparición y combatir la impunidad de sus perpetradores, a mi modo de ver, encarnan una manera para sentir presentes a los desaparecidos y para aportar un grano de arena a la esperanza de justicia.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

ACLARACIONES PRELIMINARES.

La definición de la desaparición forzada ha sido un tema de intenso debate tanto en los trabajos preparatorios de los tratados internacionales sobre la materia, como a nivel doctrinario. Además del interés académico que suscita, su importancia práctica es inestimable, porque el tratamiento global de la materia no puede sino cimentarse desde la conceptualización del fenómeno.

En este capítulo me avocaré al análisis de la definición plasmada en la *CIPPDF*. Se trata de la conceptualización más reciente, aunque no de la primera, ya que existen otras definiciones cronológicamente anteriores, a saber, las consagradas en la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desapariciones forzadas* (en adelante, *DPPDF*) de 1992¹⁰, la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* (en adelante, *CIDFP*) de 1994¹¹ y el *Estatuto de*

¹⁰ AGONU. *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desapariciones forzadas*, res. 47/133, 18 de diciembre de 1992, que en el párr. 3 del Preámbulo considera la desaparición forzada el acto en cuya virtud “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”. Para el análisis de los trabajos preparatorios de dicha Declaración, vid. BROODY, Reed/GONZALEZ, Felipe. “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»”, *Human Rights Quarterly*, vol. 17, nº 2, mayo 1997, pp. 371-374. Estos autores, en la p. 376, manifiestan su sorpresa ante la no incorporación de la definición en la parte dispositiva de este instrumento, aunque explican que ello se debió a cierto escepticismo entre los redactores, en cuya opinión la plasmación de una definición podría haber causado ciertos problemas dada la maleabilidad y multiplicidad de las formas de ejecución de este delito. Además, según los redactores no se había elaborado una definición que contara con un consenso aceptable. La del Preámbulo, por ende, fue considerada una “descripción de trabajo” (*working description*). Sin embargo, el GTDFI, la ha considerado como una definición desde sus primeros informes, v. gr., *Report of the working group on enforced or involuntary disappearance* (1996), en Consejo Económico y Social de la ONU (en adelante, ECOSOC). Comisión de Derechos Humanos. *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment. Question of enforced or involuntary disappearance*, 52º periodo de sesiones. E/CN.4/1996/38, párr. 54.

¹¹ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas*, Belem do Pará, AG/RES 1256 (XXIV-O/94), res. de 9 de junio 1994, art. II:

Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, *ER*) de 1998¹². Si bien en todas las definiciones se divisan elementos comunes, incluso expresados con la misma redacción, cada una de ellas presenta sus peculiaridades.

La razón que inspira dedicar un capítulo de este trabajo al análisis de la definición de la *CIPPDF* se relaciona con la aplicación universal que tendrá este instrumento en el sistema internacional de protección de los derechos humanos en lo que se refiere a los múltiples tópicos de la desaparición forzada, entre ellos la responsabilidad internacional que puede caberle al Estado por la ejecución de este delito. En efecto, la *CIDF* sólo tiene aplicación en el sistema interamericano y la

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Para el análisis de los trabajos preparatorios de esta Convención, vid. BROODY/GONZALEZ, op. cit., pp. 374-375.

¹² Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF.183/9, Roma, 17 de julio de 1998, que en su art. 7(1)(i) prescribe: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: i) Desaparición forzada de personas”, definiendo luego la desaparición en el art. 7(2)(i) como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado”. En el ámbito del Derecho penal internacional, cabe observar que la desaparición forzada de personas no fue mencionada en el artículo 6(c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, norma que se refiere a los crímenes contra la humanidad. Vid. “[Charter of the International Military Tribunal](#)”, en Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. *Nazi Conspiracy and Aggression*, cit., t. I, pp. 4-12. Tampoco la contemplan las normas análogas de los Estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Así ocurre con el art. 5 del *Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia*, res. 827(1993) del Consejo de Seguridad (en adelante CS) de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) de 25 de mayo de 1993 y con el art. 3 del *Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda*, res. 955(1994) del CS de 8 de noviembre de 1994. La ausencia de tipificación en tales cuerpos normativos fue utilizada en los trabajos preparatorios del *ER* como argumento para evitar incluir la desaparición forzada entre los crímenes de lesa humanidad del artículo 7 de dicho estatuto. Vid. WITSCHER, Georg y RÜCKERT, Wiebke. “Article 7 (1)(i)-Crime Against Humanity of Enforced Disappearance of Persons”, en VV.AA., *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*. Roy S. Lee (ed.). Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 99. Afortunadamente, tal como se señala en un informe de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (en adelante, CDI), se logró la incorporación, atendido a su extrema crueldad y gravedad. Vid. CDI. “Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May-26 July 1996)”, A/51/10, capítulo II, letra D), art. 18, comentario n° 15, en CDI, *Yearbook of the International Law Commission*. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, 1996, vol. II, part two. A/CN.4/SER.A/1996/add.1 (part 2). Para el análisis de la desaparición como crimen de lesa humanidad, vid. PÉREZ ACEVEDO, Juan Pablo. “Las desapariciones forzadas de personas en el Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIII, 2007, pp. 355-387.

definición del *ER* persigue fines muy acotados, consistentes en la persecución de la responsabilidad penal internacional a título individual y sólo en los casos en que la desaparición configure un crimen de lesa humanidad. Finalmente, la definición de la *DPPDF* sufre las mismas carencias del instrumento que la contempla, por cuanto hay discusión acerca de su carácter vinculante por no tratarse de un tratado internacional.

De todas maneras, un análisis acucioso sobre la definición de la desaparición forzada, no puede dejar de lado ninguno de los instrumentos aludidos. Si bien se centrará la atención en la Convención Internacional, será obligatoria y provechosa una referencia a los demás instrumentos normativos mencionados, con los que se realizarán referencias comparativas, resaltándose la eventual evolución o involución de cada elemento e identificando las diferencias principales entre un instrumento y otro. Y es que, además, la definición de la *CIPPDF* está inspirada en las definiciones cronológicamente precedentes.

Así las cosas, es procedente transcribir la literalidad del art. 2 de la *CIPPDF*, ya que será objeto de continua cita a lo largo del capítulo: *“Se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”*.

De acuerdo con esta definición, es posible identificar los siguientes elementos:

1. El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad.
2. La participación de agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.
3. La negativa a reconocer dicha privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.
4. La sustracción a la protección de la ley.

A modo de advertencia cabe hacer presente que no todos los autores estiman que la definición contenga estos cuatro elementos. Ello se debe a la polémica que se ha suscitado respecto de la calificación del elemento de la sustracción a la protección de la ley, ya que para la opinión dominante no se trata de un elemento propiamente tal, sino

de una consecuencia de los tres elementos anteriores. Las disquisiciones de este debate se expondrán en su momento¹³.

El presente capítulo se estructura en dos partes. La primera de ella, de índole preliminar, tiene por objeto realizar una primera aproximación a la noción de desaparición forzada y de acotar en términos generales su ámbito conceptual. En la segunda parte se analizará en detalle cada uno de los elementos de la definición de desaparición forzada, a la luz de los trabajos preparatorios de la *CIPPDF*, la opinión que la doctrina ha vertido al respecto y la comparación con los otros instrumentos internacionales sobre desapariciones. Para finalizar se esbozarán algunas conclusiones preliminares.

1. EL ACOTAMIENTO CONCEPTUAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

Para acotar el ámbito de la noción de la desaparición forzada, en este apartado se procederá a justificar la autonomía conceptual de este delito, dando cuenta de las razones que fundamentan una definición independiente. Asimismo, se trazará un paralelo entre esta práctica y otras figuras afines con el objeto de despejar confusiones entre la desaparición y otras instituciones.

1.1. La autonomía conceptual de la desaparición forzada de personas.

Uno de los motivos por los cuales es necesario abordar la justificación de la autonomía conceptual de la desaparición forzada, es la existencia de algunas posturas críticas que han defendido la inutilidad de la desaparición forzada como concepto independiente. En este sentido, desde una perspectiva de Derecho penal, no sería necesario crear un tipo autónomo de desaparición forzada, en cuanto tipos tradicionales clásicos, como el secuestro, las lesiones y el homicidio, de manera independiente o mediante la aplicación de las normas sobre concursos de delitos, serían suficientes para el castigo del conjunto de actos que componen una hipótesis de desaparición. Así, la tipificación de este delito cumpliría una función meramente simbólica que contribuiría a la ya nociva tendencia de expansión del *ius puniendi*, disciplina que por sí sola sería incapaz para resolver los problemas inherentes a un cuadro de desapariciones. Además,

¹³ Vid. *infra* 2.4 del presente capítulo.

se argumenta que se trata de una figura de muy difícil tipificación a causa de su extrema complejidad y que la configuración de su estructura típica, desde el punto de vista de las consecuencias, acarrearía inevitablemente la violación de ciertos principios penales liberales consagrados a favor del imputado. Finalmente, creer que la tipificación de un nuevo crimen es un triunfo para los derechos humanos, es ilusorio y equívoco, en cuanto este afán criminalizador sólo acarrearía un desprestigio para los derechos fundamentales¹⁴.

De todas las estrategias ensayadas para la refutación de esas críticas, sin duda la más interesante y quizás la más robusta es la de GRAMMER, quien se vale de la teoría del bien jurídico para justificar la autonomía de la desaparición y la necesidad de su tipificación. Según este autor, la primera pregunta que debe contestarse para determinar si la tipificación de ciertos actos es procedente, se relaciona con la identificación de los bienes jurídicos afectados. Una vez determinada dicha cuestión, habrá que preguntarse si los tipos tradicionales existentes son capaces de abarcar la tutela de tales bienes. En lo que se refiere a la identificación del bien jurídico en un contexto de desaparición, la cuestión tampoco es pacífica, aunque se puede decir con autoridad que la teoría dominante describe la desaparición forzada como un delito pluriofensivo, esto es, un delito que afecta múltiples bienes jurídicos, específicamente, la vida, la libertad personal, la integridad física y psíquica y el acceso a la justicia del desaparecido¹⁵.

¹⁴ Para una reseña de las críticas esbozadas por la doctrina, vid. GRAMMER, Christoph. "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada", trad de Teresa Mando Porto, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 20042, año 2004, pp. 819-820.

¹⁵ Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CortelDH) en numerosas sentencias. Cfr. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, n° 4, párr. 155-158; *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, n° 5, párr. 163-167; *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, n° 36, párr. 66; *Gómez Palomino vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, n° 136, párr. 92; *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, n° 153, párr. 81-85; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, n° 186, párr. 112; *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C, n° 118, párr. 101-106; *Tiu Tojin vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, n° 190, párr. 51. En cuanto a los instrumentos internacionales, uno de los dos considerandos del Preámbulo de la de la CIDFP, cit., señala "que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos", idea que ya había sido plasmada en el art. 1(2) de la DPPDF, cit., que prescribe "Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su

Sin perjuicio de lo anterior, luego de matizar de esta posición, GRAMMER concluyen que la desaparición forzada afecta indiscutiblemente la libertad personal del desaparecido, mientras que respecto los otros bienes jurídicos sólo se configura una puesta en peligro. Ahora bien, para este autor dos son los factores que sirven de sustento al peligro. El primero es la intervención estatal en la ejecución de la conducta, ya que el Estado, en vez de ser el guardián del contrato social, se convierte en su principal infractor. El segundo es la combinación metódica de las acciones que componen la desaparición forzada, que genera incertidumbre acerca de la situación del desaparecido y lo somete a la más absoluta indefensión¹⁶.

En mi opinión, pueden agregarse dos factores adicionales que sirven de base para el sustento del peligro. Uno de ellos es el velo de impunidad que cubre la comisión de las desapariciones, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un delito especialmente diseñado para generar ese efecto. El otro sólo sería operativo para casos en que las desapariciones alcanzan la intensidad de crímenes de lesa humanidad, ya que en tales hipótesis su carácter generalizado y sistemático aumenta la dosis de peligro.

Si se parte de tales presupuestos, parece ser que los tipos tradicionales no serían capaces de proporcionar una tutela adecuada para hipótesis de desapariciones, porque el disvalor de un delito pluriofensivo se identifica con la sumatoria de los bienes jurídicos afectados.

La inadecuación de los tipos penales tradicionales ha sido puesta en evidencia por la jurisprudencia nacional de algunos países. En Chile, por ejemplo, la persecución penal de las desapariciones forzadas se ha realizado utilizando los tipos penales clásicos contemplados en el Código penal vigente a la fecha del inicio de la ejecución del delito, lo que ha generado una serie de atolladeros jurídicos de muy difícil solución, demostrando la existencia de una laguna jurídica en la penalización de esta práctica¹⁷.

personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”.

¹⁶ GRAMMER, op. cit., p. 821. El argumento parece ser plausible a menos que se piense que la desaparición también puede configurarse jurídicamente si los ejecutores son agentes no estatales. En ese supuesto, a mi juicio, la fuente del peligro estribaría en la ausencia de protección del Estado o en su incapacidad para tutelar a los ciudadanos ante tan graves crímenes. Sin embargo, para validar la procedencia del argumento, habría que desarrollar con cierta completitud una postura sobre la eventual ampliación de responsabilidades en tales supuestos, justificando la puesta en peligro aun en casos de autores no estatales. El análisis de la responsabilidad que puede caberle al Estado por la ejecución de desapariciones forzadas por agentes no estatales, será objeto de tratamiento en el capítulo III, 2.2.3.

Pues bien, no se puede poner en duda que la tarea de conceptualizar una figura como la desaparición forzada es altamente compleja. En efecto, se trata de un ilícito cuya ejecución no se efectúa de manera instantánea, ya que sus efectos permanecen el tiempo. Además, la realidad demuestra que en su realización, generalmente, participan muchos sujetos, de los cuáles posiblemente no todos ejecutarán la totalidad de los actos constitutivos, sino sólo los inherentes al rol que le ha sido asignado en la cadena de actuación. Así las cosas, una definición de desaparición forzada debe hacerse cargo de todas estas peculiaridades y debe ser lo suficientemente amplia como para referirse a todos los partícipes en el delito, pero también lo suficientemente delimitada como para evitar la responsabilidad de aquellos que no tomaron parte del hecho o el solapamiento con otras figuras jurídicas. Pero, a mi juicio, el hecho de la complejidad de su estructura no puede servir de argumento para intentar construir un tipo independiente, más aun si se tiene en cuenta el peso del resto de los argumentos que justifican la tipificación autónoma.

ANDERSEN se pregunta si la aprobación y posterior entrada en vigor de un instrumento internacional enteramente destinado al tratamiento de las desapariciones forzadas podrá contribuir a la persecución de los responsables y a la disminución de las cifras actuales de víctimas. Su actitud, al intentar responder esta pregunta, es escéptica. En la historia del Derecho internacional abundan los ejemplos en que la contingencia política o la razón de Estado triunfan sobre las exigencias de justicia¹⁸. Sin embargo, la codificación de todo un cuerpo normativo general y la construcción de una definición de desaparición forzada de personas, proporcionan la ventaja de plasmar las bases jurídicas para la persecución nacional e internacional de los responsables¹⁹. Además, no debe olvidarse que la Convención Internacional contempla una serie de medidas para el

¹⁷ Solo para dar un ejemplo, vid. GUZMÁN DALBORA, José Luis. "Chile", en VV.AA., *La jurisprudencia latinoamericana sobre el derecho penal internacional*. Con informes adicionales de España e Italia, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 134 y ss. Cfr. GTDFI, *Report of the working group on enforced or involuntary disappearance*, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment*. E/CN.4/1996/38, cit., párr. 54.

¹⁸ ANDERSON, Kirsten. "How effective is the 'International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances' likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of enforced disappearances?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, octubre de 2007, pp. 267-268, sirviéndose de ejemplos relativos a casos reales para defender esta afirmación.

¹⁹ *Id.*, p. 268.

cumplimiento de uno de sus objetivos principales, a saber, la prevención²⁰. Una Convención internacional de esta naturaleza implica –quiéranse o no– un reconocimiento y un compromiso de toda la comunidad internacional y, más allá de esta expresión retórica, en lo práctico puede utilizarse como medio de presión sobre los Estados para exigirles el cumplimiento de las obligaciones internacionales que ella misma impone. Y es que la visibilidad política de un instrumento de esta naturaleza es evidente. Por algo las organizaciones de familiares de detenidos desaparecidos lucharon tanto por la codificación de un *corpus iuris* destinado al tratamiento global del problema²¹. Manteniendo un grado prudente de escepticismo sobre la eficacia de sus normas, la discusión y posterior aprobación de la *CPPDF* ha servido para plantear un debate sobre los puntos fundamentales de la desaparición forzada y ha permitido alcanzar ciertas soluciones negociadas que deberán ser aplicadas, más allá de las dudas y reparos que ellas susciten y las reinterpretaciones a realizar desde un enfoque crítico.

1.2. Paralelo entre la desaparición forzada de personas y otras figuras.

Otra cuestión importante para el acotamiento conceptual de la desaparición, es la delimitación del objeto del presente trabajo, para lo cual es útil un ejercicio comparativo entre la desaparición forzada y otras figuras cercanas de las que es posible trazar diferencias claras pese a la presencia de algunas similitudes. Para tal efecto, se diferenciará la desaparición forzada con el secuestro y la tortura.

1.2.1. Paralelo entre la desaparición forzada y el secuestro.

La figura delictual que presenta una mayor afinidad con la desaparición forzada es el secuestro. El común denominador entre ambos es la presencia de un acto de privación de libertad, aunque existen algunos matices entre un crimen y otro, ya que en el secuestro, durante todo el transcurso del delito el acto en comento estará revestido de ilegalidad, a diferencia de la desaparición forzada, en que el acto privativo de libertad

²⁰ Vid., por ejemplo, art. 17.

²¹ Destaca el papel de tales organizaciones ANDREU-GUZMÁN, Federico. *La desaparición forzada de personas* [en línea]. Presentado en el *Seminario de Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 OIT: Balance y Retos*, 27-28 de enero de 2009. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 2009. Disponible en <http://ibcperu.org/biblioteca/resultado.php?criterio=combo&palabra_clave=Desaparici%C3%B3n%20forzada>. [Consulta: 9 de junio 2010].

puede estar revestido de legalidad en la iniciación de la conducta, aunque inevitablemente se tornará ilegal en un momento posterior, tal como se detallará más adelante²².

Además, ambos delitos son de carácter permanente, esto es, un ilícito penal que se caracteriza por el mantenimiento del estado antijurídico o por la prolongación temporal del período consumativo²³, aunque el momento en que cesa la consumación varía en un caso y en otro, ya que en el secuestro, en principio termina con la puesta en libertad de la víctima, discutiéndose la cuestión en la desaparición forzada, ya que no existe un parecer pacífico al respecto.

Sin embargo, a pesar de estas semejanzas, se trata de figuras disímiles. Por un lado, se distinguen en la estructura típica, ya que en la desaparición forzada, al acto de privación de libertad se suma la denegación de información.

Por otro lado, tienen diferente sujeto activo, ya que el secuestro es un delito común que puede ser ejecutado por cualquier persona, a diferencia de la desaparición, en la que, por regla, se exige la participación de agentes estatales o de particulares que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, siendo entonces un delito especial. Sería el elemento que permitiría diferenciar la desaparición de los secuestros cometidos por grupos políticos armados. Sin embargo y pese a la ligereza con que se suele mencionar esta diferencia por la doctrina, los límites que separan los supuestos de desaparición forzada cometidos por agentes estatales de los ejecutados por agentes no estatales, son cada vez más difusos y en la reflexión dogmática sobre la desaparición, se esbozan posturas adherentes a una expansión de la responsabilidad hacia agentes no estatales²⁴.

Luego, se diferencian en cuanto al elemento subjetivo, ya que en principio, en el secuestro no se exigen elementos de intencionalidad específicos, como sí ocurre en algunas definiciones internacionales de la desaparición forzada, en las que se pretende que el autor actúe con la intención de sustraer a la víctima de la protección de la ley.

²² Vid. *infra* 2.4 del presente capítulo.

²³ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, *Gaceta Jurídica*, Nº 48, 1984, pp. 3 y 4.

²⁴ El problema de la desaparición forzada cometida por agentes no estatales, será objeto de análisis en el capítulo III.

Cabe adelantar que la exigencia de elementos subjetivos específicos ha generado cierta discusión, tal como será analizado más adelante²⁵.

Finalmente, otra diferencia estriba en el bien jurídico, porque en el secuestro, a lo menos en el tipo genérico, el bien jurídico afectado es la libertad personal en su faceta ambulatoria, mientras que en la desaparición, de acuerdo a la opinión dominante antes aludida, existe una pluralidad de bienes jurídicos afectados.

Estas son las principales diferencias entre la desaparición y el secuestro, aunque se volverá sobre esta cuestión cuando se explique detalladamente la privación de libertad como elemento de la desaparición²⁶.

1.2.2. Paralelo entre la desaparición forzada y la tortura.

Para comprender las eventuales relaciones que existen entre la desaparición forzada y la tortura es posible enfocar la cuestión desde un doble punto de vista: uno fáctico y otro estrictamente jurídico.

Conforme al primero de los enfoques que se proponen, es un hecho inconcuso que en la gran mayoría de las desapariciones forzadas de personas, la víctima es sometida a los más crueles tormentos, generalmente con el objeto de obtener alguna información, aunque no pocas veces por mero sadismo del torturador de turno. En general, no sólo se trata de una tortura física, sino también psicológica, en cuanto *“se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada tortura psicológica”*²⁷.

Sin embargo, ANDERSON tiene razón cuando aclara que, más allá de los datos estadísticos, es en el campo jurídico dónde debe determinarse si existe alguna vinculación conceptual entre la desaparición forzada y la tortura o, derechamente, si la desaparición *per se* constituye una forma de tortura²⁸. Los órganos de Derecho

²⁵ Vid. *infra* 2.4.2 del presente capítulo.

²⁶ Vid. *infra* 2.1 del presente capítulo.

²⁷ Cfr las sentencias de la CorteIDH, *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 119 y *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 104.

²⁸ ANDERSON, op. cit., p. 261.

internacional competentes sobre la materia, por todos, el Comité contra la Tortura (en adelante CAT), han manifestado su preocupación por los actos de desaparición forzada y, en la medida de lo posible, han mostrado una buena disposición para tratar de fundamentar la existencia de torturas en hipótesis de desaparición. Sin embargo para la autora recientemente citada, se trata de una cuestión poco clara. Para defender su posición se apoya en una jurisprudencia elíptica del Comité de Derechos Humanos (en adelante, HRC)²⁹.

El problema es esencialmente probatorio, porque cuando la víctima de desaparición no aparece, ocurriendo esto en la gran mayoría de los casos, suele ser muy enrevesado acreditar la existencia de torturas físicas o psicológicas y muchas veces sucede que se intenta su acreditación con pruebas indirectas de presunciones.

Parece ser que más allá del dato estadístico, nada impide suponer un caso de desaparición en que la víctima no ha sido objeto de tortura. Piénsese en una persona privada de libertad y mantenida en ese estado sin que se aplique tormento alguno. Sin embargo, no parece lógico descartar la configuración de una desaparición por la sola ausencia de tortura. En efecto, en el caso puesto como ejemplo, podrían estar presentes todos los elementos de la noción de desaparición.

Yendo un poco más allá, podría decirse que el aislamiento prolongado de la víctima, en sí, es una forma de tortura. Más allá de los argumentos jurídicos, existen pruebas de esta afirmación en el campo de la medicina. Sólo para dar un ejemplo, el médico ATUL GAWANDE, tiene un interesante ensayo en que explica las consecuencias fisiológico-psíquicas que sufre un individuo sometido a un prolongado estado de incomunicación, concluyendo que las prácticas por las que se le mantiene en ese estado son constitutivas de tortura³⁰. Sin embargo, retornando a lo jurídico, el problema se configura cuando la víctima no es mantenida privada de libertad durante largos períodos de tiempo, sino que simplemente es secuestrada y ejecutada al cabo de pocos días u

²⁹ Íd., p. 262 y ss. Dentro del marco de la AGONU. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la res. 39/46 de 10 de diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de junio de 1987, la atención se centraba en vincular la tortura con supuestos de desaparición, para lo cual se consideraba la duración de la privación de libertad, los efectos psicológicos provocados por ella y los indicios que permitieran demostrar la presencia de otras formas de malos tratos. Sin embargo, se forzaba un poco la extensión de sus normas.

³⁰ GAWANDE, Atul. "The United States holds tens of thousands of inmates in long-term solitary confinement. Is this torture?" [En línea]. *The New Yorker*, 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.newyorker.com/reporting/2009/03/30/090330fa_fact_gawande>. [Consulta: 7 de junio de 2010].

horas. Tampoco parece lógico descartar la configuración de una desaparición en este segundo ejemplo.

Para redondear, entonces, desde un punto de vista estrictamente jurídico y más allá de la realidad contingente del fenómeno, no se puede afirmar una vinculación necesaria entre tortura y desaparición. Si la tortura no se acredita, con independencia de la discusión sobre los medios de prueba más autorizados para hacerlo, no puede concluirse por su existencia³¹.

Ahora bien, todo lo planteado hasta el momento ha girado en torno a la víctima desaparecida, pero para los efectos de la tortura, existe una tendencia bastante indiscutida de extender la noción de víctima hacia los familiares y otras personas cercanas al desaparecido. La CorteIDH es una de las entidades jurisdiccionales internacionales que con más rigor ha desarrollado este tópico, ya que desde el caso *Blake vs. Guatemala* ha entendido que las víctimas de los familiares de los desaparecidos también sufren una afectación a su integridad personal, a causa del sufrimiento y angustia que genera la desaparición de un ser querido y por la frustración e impotencia derivada de la ausencia de verdad y justicia³². Los familiares son calificados como víctimas porque la desaparición produce una afectación de derechos que le son propios. De ese modo, surgen todas las consecuencias jurídicas inherentes a esa calificación, derivadas de la responsabilidad del Estado, entre otras el derecho a una reparación adecuada. Ciertamente, no todo familiar puede ser considerado víctima, de manera tal que la CorteIDH ha desarrollado ciertos criterios que trazan un marco orientador. En efecto, tal como señala MEDINA, “*en el transcurso de estos años, podría decirse que, a pesar de algunos vaivenes, hay una jurisprudencia relativamente asentada, en el sentido de que para decidir la calidad de víctima de ciertos familiares hay que examinar la proximidad del vínculo familiar; las circunstancias particulares del familiar en cuanto a su relación con la víctima; el tipo de violación –puesto que, en general, toda violación a un derecho humano de una persona puede causar algún sufrimiento o desazón a ciertos familiares de la víctima, pero eso no puede ser causal*

³¹ ANDERSON, op. cit., pp. 262 y ss.

³² CorteIDH, *Blake vs. Guatemala*, cit., párr. 114. Lo anterior viene confirmado por otras sentencias posteriores, v. gr., *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párr. 163.

suficiente para decidir que se ha violado también la integridad personal de éstos–; la vinculación del familiar con las persecución de la verdad y la justicia y la afectación del mismo por la negligencia o la inacción voluntaria del Estado en el proceso judicial. Normalmente, pero no estrictamente en todos los casos, se presume que los padres y los hijos reúnen estos requisitos cuando ha habido una desaparición, una ejecución extrajudicial o tortura, todas ellas en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas”³³.

2. EL CONCEPTO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

La desaparición forzada es un crimen que posee una naturaleza extremadamente compleja, en cuanto su ejecución puede llevarse a efecto de diversas maneras³⁴. A continuación se abordará el análisis pormenorizado de cada uno de los elementos de la desaparición, a saber: la privación de libertad, la denegación de información, el sujeto activo y la sustracción a la protección de la ley.

En cuanto a la conducta, la doctrina suele diferenciar dos fases o etapas en su estructura, ya que son dos los actos que la componen, a saber, la privación de libertad y la denegación de información. Para que se entienda configurado el delito, ambos actos deben concurrir de manera copulativa o concurrente³⁵.

2.1. La privación de libertad.

Desde los inicios del debate sobre la *CIPPDF*, hubo coincidencia unánime en considerar la privación de libertad de la víctima como uno de los elementos centrales de la definición de desaparición forzada³⁶. Efectivamente, se trata de la conducta con la que se inicia la ejecución de toda desaparición.

³³ MEDINA QUIROGA, Cecilia. “Los 40 años de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, 2009, p. 30.

³⁴ Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Elementos de los crímenes* (en adelante, *EC*), primer período de sesiones, 3 al 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, n. 23, y n. 27 del elemento 3, ambas del art. 7(1)(i).

³⁵ Cfr. AMBOS /BÖHM, cit., pp. 209 y 244; CorteIDH, *Heliodoro Portugal vs Panamá*, cit., párr. 196 y *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párr. 149.

³⁶ Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas

Sin embargo, sí hubo discusión en otras cuestiones. Uno de los puntos de debate estribó en determinar si la actividad de privación de libertad debía ser descrita mediante una cláusula genérica, cuyo contenido semántico lograra englobar toda forma de privación de libertad, por ejemplo, la expresión “*privación de libertad cualquiera fuere su forma*”³⁷, o si era preferible enunciar una lista exhaustiva de conductas privativas de libertad³⁸. Ambas propuestas fueron objeto de críticas, la primera por ser imprecisa y vaga y la segunda por pretenciosa e ingenua, dada la imposibilidad de elaborar una lista completa de conductas que comprenda todos los actos posibles de privación de libertad. Así las cosas, se propuso una fórmula intermedia que enuncia, a modo ejemplificativo, algunas de las conductas clásicas de privación de libertad, para luego agregar una expresión genérica que consagrara un *numerus apertus*³⁹.

Ahora bien, la opción por la enunciación de ciertas conductas, siquiera a título de ejemplo, implica el debate adicional de escoger las acciones más representativas. Los términos propuestos fueron muchos, pero en definitiva las conductas que quedaron consagradas en la definición fueron el arresto⁴⁰, la detención⁴¹ y el secuestro⁴². Para la

contra las desapariciones forzadas (en adelante, GTPDFP). “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 59º período de sesiones. E/CN.4/2003/71 (12 de febrero de 2003), párr. 33.

³⁷ Fórmula adoptada por la CIDFP, cit., art. II.

³⁸ Fórmula adoptada por el ER, cit., art. 7(2)(i), que se refiere a las conductas de arresto, detención y secuestro.

³⁹ Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 60º período de sesiones. E/CN.4/2004/59 (23 de febrero de 2004), párr. 20; “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 61º período de sesiones. E/CN.4/2005/66 (10 de marzo de 2005), párr. 19.

⁴⁰ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 19.

comprensión de los términos mencionados, según AMBOS y BÖHM, debe acudir al *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*⁴³. La interpretación de este instrumento debe ser amplia, en cuanto su objetivo es establecer pautas orientativas para la protección de todas las personas privadas de libertad. Si se tiene presente esta cuestión, la actividad hermenéutica de las normas respectivas de la *CPPDF* debe ser guiada por el mismo espíritu.

Conforme lo dispuesto en el *Conjunto de principios*, “arresto” es el acto de aprehender una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por un acto de autoridad; “detención” es la condición de personas detenidas, entendiéndose por estas a todas las personas privadas de libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito. Los *EC* se encargan de aclarar que el acto de la detención incluye los supuestos en que el autor mantiene una privación de libertad preexistente y nada impide llegar a la misma conclusión en el contexto de la *CIPPDF*⁴⁴.

Desafortunadamente el *Conjunto de principios* no define el secuestro, de modo que es necesario recurrir a otras fuentes internacionales para determinar su significado. Según un informe del Secretario General de la ONU sobre la *Cooperación Internacional en prevenir, combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas*, es posible identificar cuatro elementos constitutivos de este delito⁴⁵:

- a) La aprehensión ilegal, el rapto o la privación de libertad de un individuo sin su consentimiento.

⁴¹ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2003/71, cit., párr. 36.

⁴² GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 19. Entre los diversos términos propuestos, se pueden mencionar “encarcelamiento” y “rapto” en GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2003/71, cit., párr. 36 e “internamiento (reclusión)” en GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párr. 20.

⁴³ Cfr. AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 232; AGONU, *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, res. 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

⁴⁴ *EC*, cit., n. 25 del elemento 1(a) del artículo 7(1)(i).

⁴⁵ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. ECOSOC. *Cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*. 12º período de sesiones, Viena, 13 a 22 de mayo de 2003. Tema 5 del programa provisional, párr. 4.

- b) El empleo de la violencia, la amenaza de violencia y/o el fraude y el engaño en la comisión del delito.
- c) La retención de la víctima en un lugar que no podía encontrarse.
- d) El objetivo específico de obtener beneficios económicos o financieros y/o influencia política o de otro tipo, inclusive mediante la práctica de la extorsión.

Esta caracterización del secuestro puede ser útil para los efectos de interpretar la *CIDFP*, aunque el último elemento o característica no debe ser tomado en consideración, porque un ánimo de lucro o de obtención de una ventaja política o de otro tipo, nada tiene que ver con la definición de desaparición forzada.

En términos generales, entonces, el secuestro es un delito mediante el cual se priva de libertad a una persona. En ese orden de ideas, tiene razón HALL, al argumentar que el término “secuestro” es capaz de cubrir todo vacío dejado por los otros dos términos. Interpretando este autor, parece ser que su conclusión se funda en la peculiaridad del secuestro en relación a los otros dos actos, en cuanto el arresto y la detención son actos revestidos de legalidad, ya que se llevan a cabo de acuerdo las normas respectivas del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el secuestro es a todas luces un delito, de modo tal que cualquiera otro supuesto de privación de libertad que no pudiera ser captado por los actos anteriores, puede ser comprendido por el secuestro sin mayor problema⁴⁶.

La fórmula escogida por la *CIPPDF* parece ser la adecuada, porque, por una parte, permite identificar algunas de las conductas clásicas mediante las que un ser humano es privado de libertad y, por otra parte, no se restringe a actos específicos, pudiendo moldearse a la realidad de cada supuesto concreto. En efecto, era importante construir una definición que no estableciera límites a la modalidad de privación de libertad, ya que en la desaparición no tiene mayor importancia la manera en que se lleva a efecto dicha privación⁴⁷.

⁴⁶ HALL, Christopher K. "Article 7 Crimes against humanity para. 2(i)", en VV.AA., *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Observers' Notes, Article by Article (1999). Otto Triffterer (ed.), 2ª edición. München-Oxford-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 269 y n. 578. El razonamiento de este autor se desarrolla en relación al *ER* y su preocupación principal es interpretar la norma de modo que no se generen lagunas.

⁴⁷ SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 272.

Otra de las cuestiones que generó cierta discusión fue la consideración de la ilegalidad de la privación de libertad. En efecto, muchas delegaciones consideraban que la ilegalidad se configuraba *ab initio*, esto es, desde el inicio mismo de la privación de libertad, porque suponían que en todo contexto de desaparición forzada, el despojo de la libertad de la víctima se iniciaba al margen de la legalidad de un ordenamiento jurídico, siendo imperativa la mención de esta peculiaridad en la definición. Sin embargo, la propuesta fue desechada, ya que en la práctica es perfectamente posible que una privación de libertad se inicie cumpliendo con las garantías prescritas por el ordenamiento, tornándose ilegal en un momento posterior⁴⁸. En este último supuesto, la privación de libertad no está revestida de ilegalidad en el momento mismo en que principia, pero sí en un momento posterior, al infringirse las garantías del detenido o preso mediante la denegación de información, “*momento qualificante il crimine*” [momento que califica el crimen]⁴⁹. La confusión surge porque se suele asociar la ilegalidad de la privación de libertad al momento en que al sujeto se le despoja de su libertad personal. Sin embargo, en términos normativos, la privación de libertad, además de abarcar ese momento inicial, también se refiere a todo el período en que la persona permanece despojada de su libertad, de acuerdo a lo anteriormente señalado⁵⁰.

Teniendo clara esta precisión, es posible concluir que en la configuración de la desaparición forzada no es posible diferenciar entre privación de libertad legal y privación de libertad ilegal, ya que toda debe ser obligatoriamente ilegal, sin importar

⁴⁸ Cfr. PÉREZ SOLLA, María Fernanda. *Enforced disappearances in international human rights*. Jefferson-London: McFarland & Company, 2006, p. 11; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párr. 21; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 20, en el que se plantea la hipótesis de una privación de libertad aparentemente legal, pero “*motivada por una intención ilegal*”. La expresión no es de las más felices, porque entremezcla cuestiones objetivas vinculadas con la descripción de la conducta y cuestiones subjetivas relativas a la intencionalidad de los autores. A mi juicio, la hipótesis es reconducible al caso explicado *supra*, esto es, una privación de libertad iniciada legalmente, pero que luego se reviste de ilegalidad.

⁴⁹ ESPOSITO, Andreana, GENTILE, Gianluca y TRASPASSO, Maria Teresa. “I crimini contro l' umanità”, en VV.AA. *La Corte Penale Internazionale. Organi-Competenza-Reati-Processo*. Giorgio Lattanzi y Vito Monetti (coords.). Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 719. Por lo demás, así habría que entender los EC, cit., n. 26, elemento 1(a), art. 7(1)(i), pese a la literalidad de su redacción.

⁵⁰ A mi juicio, hasta la CorteIDH ha incurrido en la imprecisión técnica. Vid. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit., párr. 191.

que dicha ilegalidad se genere en el momento en que se inicia la privación o en un momento posterior, es decir, sin importar que sea previa o concurrente⁵¹.

Como última observación sobre este elemento y aunque en las definiciones de la desaparición nada se dice al respecto, se subentiende que la privación de libertad debe realizarse contra la voluntad de la víctima⁵².

2.2. La denegación de información.

Lo que hemos enunciado en términos generales como denegación de información se describe en la definición de la *CIPPDF* como “*la negativa a reconocer dicha privación de libertad o [el] ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida*”.

Este segundo acto es imprescindible para la configuración de la desaparición forzada porque expone a un elevado riesgo el conjunto de bienes jurídicos o derechos humanos afectados por esta práctica. En cierta manera, consiste en la omisión de un mandato cuyo contenido, no es el de evitar una privación de libertad ni exigir a los funcionarios públicos o particulares que denuncien los delitos de que tengan conocimiento, sino evitar todos los devastadores efectos de la desaparición⁵³. Es éste el acto que permite identificar la desaparición forzada y diferenciarla de otros delitos tradicionales como el secuestro o la detención ilegal⁵⁴. Se trata de la conducta generadora de impunidad, en cuanto hace que el desaparecido realmente desaparezca⁵⁵.

De acuerdo a la expresión “*seguida de*” del art. 3 de la *CIPPDF*, es posible interpretar que se trata de una conducta cronológicamente posterior a la privación de

⁵¹ Vid. MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis. “La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos”, en VV.AA., *La desaparición forzada de personas*, cit., p. 188. En contra, MEINI. “Perú”, en VV.AA., *La desaparición forzada de personas*, cit., p. 119, quien, al parecer, no vislumbra la distinción esbozada.

⁵² SCOVAZZI, Tullio/CITRONI, Gabriella. *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 271-272.

⁵³ GALAIN PALERMO, Pablo. “Uruguay”, en VV.AA., *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 149.

⁵⁴ Cfr. ESPOSITO, GENTILE y TRASPASSO, op. cit., p. 719; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. “Colombia”, en VV.AA., *Desaparición forzada de personas*, cit., p. 90; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 272; CorteIDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, cit, párr. 198.

⁵⁵ CorteIDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, párr. 103.

libertad. Ayuda a sostener lo anterior, las disposiciones de los *EC*, que así lo indican de modo explícito⁵⁶.

Esta segunda fase del crimen de desaparición se plantea como una alternativa de actos posibles y no hay mayor obstáculo para considerar que su ejecución puede ser llevada a cabo de manera activa u omisiva⁵⁷. La estructuración alternativa es adecuada, porque de lo contrario, para eludir la responsabilidad bastaría que el Estado admitiere la privación de libertad, pero denegando la información sobre el destino y/o paradero del desaparecido. Por esta razón PÉREZ SOLLA piensa que lo esencial en el contenido de la información denegada, es el destino y paradero de la víctima, a diferencia de la información sobre la privación de libertad, considerada intrascendente por esta autora⁵⁸.

La doctrina es unánime al sostener que no se necesita algún tipo de requerimiento o emplazamiento para que surja la obligación de brindar información⁵⁹. Dicho en otras palabras, no se requiere que se dirija al autor ningún estímulo externo que motive o induzca la ejecución de este acto. Piénsese, por ejemplo, en la solicitud de un familiar de la víctima. Por lo demás, la exigencia de requerimiento respecto de autores que sean particulares implicaría una clara vulneración del principio de no autoincriminación⁶⁰.

Si esto es así, hay que identificar el comienzo de la ejecución de este acto. La doctrina señala que la información debe ser otorgada “*sin demora culpable*”⁶¹, pero habrá que preguntarse qué se entiende por esto. Para AMBOS y BÖHM, si el ordenamiento nacional establece plazos para que el detenido sea llevado ante un juez o autoridad competente, pues antes de que tales plazos venzan, deberá cumplirse con el deber de información. En cambio, si el ordenamiento nada dice al respecto, habrá que recurrir a las fuentes internacionales y de acuerdo a la interpretación de estos autores, el

⁵⁶ *EC*, cit., elemento 2, art. 7(1)(i)

⁵⁷ ANDREU-GUZMÁN. “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *The review of the ICJ*, septiembre 2001, n° 62-63, p. 82.

⁵⁸ PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 11, 13 y 19.

⁵⁹ Cfr. MEINI, op. cit., p. 122; AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 233 y 234, quienes además se refieren a la tipificación de la desaparición en Alemania, en la que sí se exige requerimiento.

⁶⁰ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, op. cit., pp. 81 y 97; GALAIN PALERMO, op. cit., p. 149.

⁶¹ AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 233 y n. 146.

plazo máximo no superará en ningún caso las cuarenta y ocho horas contadas desde la detención⁶². Sin embargo, no se trata de una cuestión del todo clara⁶³.

Para concluir, la negación de la información *en sí misma*⁶⁴, sin necesidad de requerimiento, configura la segunda fase de la desaparición.

2.3. El sujeto activo.

Sin lugar a dudas, el tema del sujeto activo ha sido y sigue siendo objeto de encendida polémica en la reflexión jurídica sobre la desaparición forzada. Así queda reflejado en la discusión previa a la aprobación de la *CIPPDF*. El dilema que más ha preocupado a la doctrina y expertos internacionales estriba en determinar si los autores de la desaparición forzada son únicamente agentes estatales, directos o indirectos, o si también incluyen agentes no estatales⁶⁵. Para abordar de modo sistemático los distintos problemas que giran alrededor de este elemento, este apartado comenzará dando cuenta de la clasificación y definición de las diferentes clases de agentes que pueden cometer la desaparición forzada. A continuación, se analizará la noción de “organización política”, incorporada en la tipificación de desaparición del ER como una categoría de sujeto activo. Luego, se dará cuenta de las posiciones enfrentadas sobre la determinación del sujeto activo en la preparación de la Convención Internacional. A reglón seguido se intentará proponer una interpretación de la fórmula adoptada por dicha convención. Finalmente, se concluirá el apartado dando cuenta de la discusión doctrinaria sobre la

⁶² Íd., p. 248 y n. 208.

⁶³ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Edición y traducción a cargo de Editorial de Amnistía Internacional (EDAI). Londres: Amnesty International Publications, 1998, pp. 84-86.

⁶⁴ AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 248.

⁶⁵ Ya en las discusiones previas a la aprobación de la *CIPPDF* la cuestión fue objeto de intenso debate. Cfr. Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia y la cuestión de la indemnización. “Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia y la cuestión de la indemnización”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*. 48º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/1996/16 (13 de agosto de 1996), párr. 46; Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. “Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia y los derechos humanos*. 50º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/1998/19 (19 de agosto de 1998), párr. 22.

posibilidad jurídica de que los agentes no estatales, puedan ejecutar la segunda fase de la desaparición, esto es, la denegación de información.

2.3.1. Clasificación y conceptualización de los sujetos activos.

En términos generales debe distinguirse dos clases de agentes: los agentes estatales y los agentes no estatales.

Los primeros son personas que “*de alguna manera*” están vinculados en su actuar con el Estado⁶⁶. *A contrariu sensu*, los agentes no estatales son los que no poseen ningún tipo de vínculo con el Estado.

Los agentes estatales se denominan directos si pertenecen a algún órgano de la estructura pública e indirectos si se trata de particulares que llevan a cabo el hecho con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado⁶⁷. La autorización implica una orden directa del Estado; el apoyo es la expresión de un consentimiento estatal y la aquiescencia implica tener conocimiento sobre la actual o potencial ejecución de desapariciones forzadas, sin realizar intervención alguna para evitarlo, esto es, tolerando su ejecución⁶⁸. Hay que reconocer que la diferencia entre estas modalidades de conexión estatal no es tan clara, de modo que deberá evaluarse caso a caso si existe una vinculación entre el agente y el Estado.

2.3.2. La organización política como sujeto activo en el Estatuto de Roma.

Entre los instrumentos internacionales reguladores de la desaparición forzada, sólo el *ER* hace una referencia a una tipología de agentes no estatales, a saber, las “*organizaciones políticas*”⁶⁹. La incorporación de agentes estatales en el *ER* ha

⁶⁶ AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 229.

⁶⁷ ANDREU-GUZMÁN. “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., p. 82.

⁶⁸ PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 12. Si bien esta autora no da definiciones de estas nociones, es posible llegar a ellas a través de los ejemplos con que trata de ilustrar cada una de las modalidades de vinculación estatal. Llama la atención que en los *EC*, cit., elementos 4 y 5 del art. 7(1)(i), el acto de privación de libertad puede ser ejecutado con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, a diferencia del acto de denegación de información, que sólo puede ser realizado con autorización o apoyo. Según WITSCHERL y RÜCKERT, op. cit., p 102, la diferencia se debe a una adaptación de las distintas versiones idiomáticas del texto.

⁶⁹ *ER*, cit., art. 7(2)(i).

generado menos reacciones que en la *CIPPDF*, por la sencilla razón de que la responsabilidad perseguida por aquél es a título individual y no estatal⁷⁰.

Pero ¿qué se entiende por organización política? PÉREZ SOLLA sostiene que se trata de un grupo de personas que persigue fines políticos, por ejemplo, un movimiento de liberación nacional, grupos guerrilleros, pueblos beligerantes e incluso terroristas o partidos políticos. A primera vista, se diferenciarían de organizaciones económicas o criminales, pero si tales organizaciones persiguiesen fines políticos podrían considerarse organizaciones políticas en los términos del *ER*. Para esta autora es posible pensar en ejemplos con asidero en la realidad. Piénsese en un Estado que es incapaz de contener un cartel de narcotraficantes que ejecuta sistemáticamente actos de desapariciones forzadas contra grupos de campesinos que se niegan al cultivo de los estupefacientes comercializados ilegalmente por el mismo cartel o una organización mafiosa que hace desaparecer miembros de partidos políticos íntimamente involucrados en la lucha a la corrupción⁷¹.

Sin embargo, AMBOS y BÖHM intentan una conceptualización distinta de las organizaciones políticas acudiendo al Derecho internacional humanitario. Según la opinión de estos autores, se trata de una noción opuesta al concepto de Estado. Para que una organización se considere política en este contexto de análisis, debe cumplir algunos requisitos esenciales, como controlar *de facto* de un territorio determinado, ejercer una fuerza semi-institucionalizada mediante organismos policiales o de seguridad y obtener un reconocimiento a nivel internacional.

No obstante, estos autores se oponen a la posibilidad de considerar la responsabilidad penal internacional de los miembros de tales organizaciones. Para estructurar su postura, asumen como punto de partida que el bien jurídico vulnerado en la desaparición forzada es la personalidad jurídica de la víctima, entendida como el acceso de ésta a los recursos tendientes al esclarecimiento de su privación de libertad.

⁷⁰ LINGHAMMAR, Philipp, *A study of the international legal instruments addressing enforced disappearance* [en línea], Lund: Lunds Universite-Human Rights Studies, 2009. Disponible en <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1316380&fileId=1316381>>. [Consulta: 18 de noviembre de 2010], p. 34. Sin embargo, los autores SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 273 han señalado que la incorporación de la organización política entre los sujetos activos de la desaparición constituye un paso atrás desde la perspectiva de la protección de las víctimas, aunque no argumentan en profundidad esta posición.

⁷¹ PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 18.

Cabe hacer presente que se trata de una postura distinta a la teoría dominante sobre el bien jurídico antes explicada⁷². En ese orden de ideas, es el Estado el único facultado para disponer de tales recursos, es decir, el único que puede facilitarlos a quienes quieran hacer uso de ellos y, en concreto, también el único que puede neutralizarlos, como de hecho ocurre en la desaparición.

Para que una organización política afecte este bien jurídico, debería colocar a la víctima fuera del alcance de los recursos estatales, es decir, situarla en un territorio en que el Estado no tiene acceso, porque sólo así podrían impedirle el acceso a la justicia. El problema dogmático que surge en este supuesto, estriba en la imposibilidad de asimilar la organización política al Estado en lo que se refiere al deber de protección que debe brindarle a sus habitantes. Si ello es así, la organización no detenta un deber de información, a menos que a su respecto la tipificación de la desaparición se realice en otros términos, substituyendo el acto de denegación de información por otro acto que consista en la colocación de la víctima en un territorio controlado por la organización y en que el Estado no tenga ninguna presencia institucional.

Por lo demás, aun cuando se considere factible esta forma específica de comisión y se concrete en una tipificación, podría surgir un incentivo para los Estados, para utilizar la figura penal como un medio de exención de su propia responsabilidad en los hechos o para perseguir sus opositores políticos internos. En el fondo, la figura misma más que resolver un problema criminal se convertiría en criminógena⁷³.

2.3.3. Las posiciones enfrentadas sobre el agente no estatal como sujeto activo.

En la *CIDPPF* se optó por una fórmula algo ambigua para regular este problema a propósito de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, si bien los agentes no estatales no han quedado incorporados a la definición de desaparición, tampoco fueron excluidos totalmente de las disposiciones del tratado.

Efectivamente, el art. 2 hace referencia a los agentes estatales o a las personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, sujetos respecto de los que no existía duda sobre su inclusión en la definición, más allá de las diferencias sobre otros puntos secundarios. Luego, el art. 3 estipula que respecto de las conductas definidas en el artículo antecedente, pero que sean obra de

⁷² Vid. *supra* 1.1.

⁷³ AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 246-248.

personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia estatal, los Estados Partes deberán tomar las medidas apropiadas para investigar los hechos y para procesar los responsables⁷⁴.

En la discusión que antecedió la aprobación de la *CIPPDF* es posible distinguir dos posturas antagónicas sobre esta materia. Una de ellas defendía una responsabilidad exclusiva de los agentes estatales, contraria a la otra, que sostenía la necesidad de incorporar agentes no estatales entre los sujetos activos.

El temor principal de los adherentes a la primera postura, que denomino estatalista, era la apertura indebida de un cauce hacia la exención de responsabilidad internacional de los Estados o, dicho en otras palabras, la relajación de los estándares jurídicos sobre esta materia, en cuanto los Estados harían todo lo que estuviera a su alcance para desviar su propia responsabilidad hacia los sujetos no estatales⁷⁵. Sin embargo, este temor puede ser matizado en virtud del principio de no exención de responsabilidad del Estado por actos de actores privados violatorios de los derechos humanos. En efecto, los Estados pueden ser responsabilizados por omisión cuando no han brindado a sus ciudadanos la debida protección contra las desapariciones forzadas⁷⁶. En un supuesto prácticos de desapariciones cometidas por un grupos desvinculados al actuación estatal, el problema consiste en demostrar la atribución del hecho al Estado en

⁷⁴ El origen de esta propuesta puede revisarse en Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia...* E/CN.4/Sub.2/1998/19, cit., párr. 22.

⁷⁵ Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia y la cuestión de la indemnización. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia...* E/CN.4/Sub.2/1996/16, cit., párr. 46.

⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2003/71, cit., párr. 35; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 35 y 40. Sin embargo, no faltan quienes señalan la existencia de excepciones al referido principio, a saber GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 31.

cuestión, por no haber adoptado todas las medidas que estaban a su alcance para prevenirlo, evitarlo o perseguirlo una vez acontecido⁷⁷.

De acuerdo a otro argumento sostenido por los estatistas, la inclusión de agentes distintos a los estatales desfiguraría el esquema tradicional vigente en el Derecho internacional de los derechos humanos⁷⁸. Se trata de un argumento débil, porque si en un determinado ámbito de protección de los derechos humanos, se exige la creación de una institución novedosa, se la dota de argumentos sólidos que la sustenten y se proyecta una cierta eficacia práctica, su plasmación no puede ser evitada por mero respeto a la tradición. Por lo demás, hace ya bastante tiempo que los Estados no son los únicos sujetos de Derecho internacional⁷⁹.

Ahora bien, la idea de regular la comisión de este crimen por agentes no estatales, no nace de meras teorizaciones, sino que hunde sus raíces en la realidad del fenómeno, ya que existe una infinidad de grupos conformados por tales agentes que cometen desapariciones forzadas a gran escala⁸⁰. Piénsese, por ejemplo, en el paramilitarismo, la guerrilla, los grupos de resistencia, la mafia, la camorra, los escuadrones de la muerte, el narcotráfico, el terrorismo y otros grupos u organizaciones que ejecutan desapariciones. Se trata de grupos muy diversos entre sí y que responden a contextos históricos, sociales y políticos disímiles, pero nada impide utilizarlos como ejemplos ilustrativos de la extensión fáctica de la desaparición forzada. El argumento de la realidad es bastante sólido y por lo mismo fue sostenido a lo largo de las sesiones preparatorias por muchas delegaciones proclives a la inclusión de agentes no estatales⁸¹.

⁷⁷ El análisis exhaustivo de esta cuestión se aborda *infra* en el capítulo III.

⁷⁸ Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párr. 31; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 31.

⁷⁹ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 30.

⁸⁰ Cfr. ANDERSON, op. cit., p. 256; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Enforced disappearances*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES. Doc. 10679, 19 September 2005, párr. 46. La res. 1463(2005) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el tema de la desaparición forzada, ha señalado claramente que su definición debe ser lo suficientemente amplia como para incluir agentes no estatales.

⁸¹ Cfr. Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia...* E/CN.4/Sub.2/1998/19,

La naturaleza de estos grupos no es siempre nítida en relación a su eventual vinculación con el aparato estatal, porque dicha relación muchas veces es difuminada y difícil de valorar. Por lo demás, podría tratarse de una relación que evoluciona o involuciona con el pasar del tiempo, porque nada impide que una organización de este tipo nazca al alero del Estado, para luego ir adquiriendo progresivamente independencia hasta perder toda sujeción al poder estatal. Asimismo, nada impide pensar en hipótesis inversa, esto es, una organización que se genera de manera autónoma pero que luego termina vinculándose fácticamente al poder estatal⁸².

Sobre este punto, la opinión del experto independiente MANFRED NOWAK es interesante porque, aplicando un enfoque de Derecho Internacional de los derechos humanos, argumenta que uno de objetivos centrales de la Convención es obligar los Estados a la tipificación de la desaparición forzada en sus respectivos ordenamientos. En el contexto de impunidad en que se ejecutan las desapariciones se torna extremadamente difícil acreditar la relación de autorización, apoyo o aquiescencia entre los perpetradores y el Estado, de modo tal que una plena protección contra este fenómeno, demanda la incorporación de los agentes no estatales en la tipificación interna del delito. Por ende, un instrumento internacional sobre la materia, que fija parámetros mínimos para los Estados y que le impone obligaciones internacionales, debería regularlos⁸³.

ANDERSON ha señalado que, por regla general, los Estados manifiestan una cierta renuencia o, derechamente, una carencia de voluntad política para procesar en sus tribunales nacionales los perpetradores que hayan pertenecido de algún modo a la estructura pública. Por ende, se ha propuesto que la ampliación de la responsabilidad hacia agentes no estatales podría servir para contrarrestar esta tendencia y disminuir el

cit., párr. 46; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre periodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 30.

⁸² VRANCKX, An, *A long road towards universal protection against enforced disappearance* [en línea. International Peace Information Service. Sasha Rodin (ed.). Antwerp: s.e., 2007. [Consulta: 12 de noviembre de 2010]. Disponible en <<http://www.ipisresearch.be/various-subjects.php>>, pp. 10-11.

⁸³ ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión en 58º período de sesiones. E/CN.4/2002/71 (8 de enero de 2002), párr. 73.

déficit persecutorio existente⁸⁴. La realidad descrita no parece ser inverosímil, aunque hay algo de peligroso en el argumento, en cuanto se rige por un patrón utilitarista que se traduce en un afán irracional de aumentar la cifra de procesados y, eventualmente, condenados. Pero razonando así se pierde un poco el norte. La regulación de las responsabilidades en lo que se refiere a la identificación de los sujetos responsables, debe tener en cuenta la naturaleza de su participación. Sólo cuando se concluya que la gravedad de la misma es de una cierta entidad, habrá que aplicarles el régimen de responsabilidad proporcional al desvalor del ilícito cometido. Pero fundamentar dicha ampliación en la mera pretensión de aumentar el número de procesados, termina por privar de contenido la pretensión de responsabilizar a quienes han cometido hechos tan reprobables. En definitiva, hay que responsabilizar por el grado de reprochabilidad de los actos y no para mejorar cifras estadísticas.

Un último argumento esgrimido por cierta parte de la doctrina a favor de la incorporación de agentes estatales, es la perspectiva de las víctimas. De acuerdo a este argumento, el sufrimiento y la angustia que experimentan las víctimas, tanto las directas como las indirectas, no dependen de la tipología de autor que ha cometido la desaparición y, en definitiva, es el mismo, cualquiera sea el autor⁸⁵.

2.3.4. La ambigüedad de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas en la regulación del sujeto activo.

Ahora bien, analizadas las posturas en contraste, habría que revisar el sentido de la fórmula adoptada por la *CIPPDF*. Movidos por el afán de alcanzar un acuerdo, los que estaban a favor de la inclusión de agentes no estatales presentaron variadas propuestas de redacción. Así, algunas expresiones recurrentes eran “*organizaciones políticas*”⁸⁶, “*actos de los grupos organizados y de los particulares*”⁸⁷, “*organizaciones*

⁸⁴ ANDERSON, op. cit., pp. 256 y 267.

⁸⁵ SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 278.

⁸⁶ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 28-29. Una expresión alternativa fue la de “*miembros de organizaciones políticas*”, que resaltaba la responsabilidad individual más que la de los grupos.

o grupos que tienen el control efectivo de una parte del territorio del Estado”⁸⁸, *“personas que actúan fuera de la autoridad directa o indirecta del Estado”*⁸⁹ o expresiones genéricas como la de *“toda organización, incluida las entidades económicas”*⁹⁰. Incluso, se propuso obviar toda referencia al sujeto activo en la definición a fin de obligar los Estados a tipificar la desaparición cualquiera fuese el autor⁹¹.

Sin embargo y como ya he adelantado, la Convención prescribe algo bien diferente y las dudas interpretativas que surgen de sus normas no son pocas. Desde ya, podemos adelantar que en opinión de muchos, la regulación de los agentes no estatales en un artículo distinto al que contiene la definición no configura una exención de responsabilidad o una flexibilización de las obligaciones para los Estados Partes, ya que estos deberán cumplir con todas las exigencias de la Convención, incluso para casos en que participen agentes no estatales, a pesar de haber sido regulados en una norma distinta a la que consagra la definición⁹².

Creo que este punto debe ser profundizado con una reflexión. Podría pensarse que la intención de los redactores, al excluir los agentes no estatales de la definición, fue la de relajar la intensidad de las obligaciones internacionales estatales para tales supuestos. Puede ser también, que la confusa regulación conferida por dicho instrumento en esta materia fue fruto de la falta de acuerdo. Finalmente, puede ocurrir que la ambigüedad de la fórmula tiene por objeto dejar a los Estados un cierto margen de discrecionalidad hermenéutica. Sin embargo, más allá de tales especulaciones, si bien el análisis de los trabajos preparatorios es de vital importancia para la interpretación de un instrumento y para dilucidar cuál fue la intención de sus creadores, no necesariamente es el único modo de interpretar el texto de un tratado. Una de las

⁸⁷ Íd., párr. 29.

⁸⁸ Íd., párr. 39.

⁸⁹ Ibíd. Ambas expresiones tienen la influencia del Derecho internacional humanitario.

⁹⁰ Íd., párr. 29.

⁹¹ Cfr. íd., párr. 33; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 29.

⁹² GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 33.

finalidades indiscutidas de la Convención es prevenir futuras desapariciones. Siendo eso así, creo que la respuesta a las preguntas que iré planteando en seguida no debe perder de vista lo dicho y deben ser contestadas dejando al margen soluciones demasiado formales e intentando hacer un esfuerzo hermenéutico sistemático y teleológico.

Dicho lo anterior, en primer lugar, hay que preguntarse a qué actos se refiere el art. 3, ya que no habla de desapariciones forzadas, sino de las “*conductas definidas en el artículo 2*”. De la historia normativa de la Convención se deduce que esta redacción responde a la intención de diferenciar las desapariciones cometidas por agentes estatales de las ejecutadas por agentes no estatales⁹³. A mi modo de ver, ello no obsta para concluir que los agentes no estatales también pueden cometer desapariciones forzadas.

En segundo lugar ¿qué quiere decir la Convención cuando habla de medidas “*apropiadas*”? Mucho se discutió sobre la calificación de las medidas y las palabras que se barajaron fueron “*análogas*”, “*necesarias*” o “*apropiadas*”⁹⁴. A mi juicio, la intensidad semántica de cada uno de estos términos no es la misma. Por ejemplo, si se hubiera tratado de medidas análogas, no habría existido diferencia entre una clase y otra de desapariciones. Para evitar esto, se propusieron los otros dos términos. En un primer momento, se había aceptado que las medidas fueren las “*necesarias*”, pero al alero del argumento de rebajar la onerosidad de las obligaciones estatales, se optó por “*apropiadas*”. Ahora bien, si se mira la Convención en su globalidad y se tiene en cuenta su fin preventivo, no sería descabellado entender que las medidas “*apropiadas*” son todas aquellas que estén al alcance del Estado⁹⁵. Por ende, parece ser que en este punto la convención establece un estándar de comportamiento que debe regirse por los parámetros de la diligencia debida⁹⁶.

⁹³ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 62º período de sesiones. E/CN.4/2006/57 (2 de febrero de 2006), párr. 13.

⁹⁴ Íd., párr 14.

⁹⁵ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 34.

⁹⁶ Para una aproximación general de la diligencia debida y su aplicación a la responsabilidad internacional del Estado para desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales, vid. *infra* capítulo III.

En tercer lugar, ¿la obligación de tipificación que deben cumplir los Estados Partes abarca las desapariciones cometidas por agentes no estatales?⁹⁷ A primera vista parecería ser que no, porque la Convención no lo señala explícitamente y porque tal categoría de agentes no fue incluida en la definición de desapariciones. Sin embargo, una vez más se trata de una interpretación sumamente formalista que considero incorrecta. En base a los argumentos anteriores creo que los Estados Partes sólo pueden cumplir debidamente la obligación de tipificación regulando supuestos de comisión de agentes no estatales. De acuerdo al estándar de la diligencia debida, los Estados tienen la obligación de implementar las medidas necesarias para prevenir desapariciones forzadas de personas, de modo que les es imperativo incluir en su regulación interna una definición más amplia que comprenda los autores no estatales, especialmente cuando se trata de Estados que no detentan el control efectivo del orden público o de la totalidad del territorio. Por lo demás, de no hacerlo, podrían incurrir en responsabilidad por actos de particulares, ya que se supone que los Estados tienen los medios para proveer protección a sus ciudadanos y uno de ellos es tipificar aquellas conductas que sean violatorias de los derechos más importante de éstos. Por ende, incumplir la obligación de tipificación o cumplirla parcialmente obviando la regulación de los agentes no estatales puede hacerlos incurrir en responsabilidad internacional⁹⁸.

En cuarto y último lugar, además de la obligación de tipificar, ¿debe el Estado cumplir otras obligaciones? El art. 3 sólo menciona la obligación de investigar los hechos y procesar lo responsables⁹⁹, pero siendo coherente con todo lo anterior, es posible interpretar que incluso respecto de agentes no estatales, el Estado debe cumplir el plexo de obligaciones reguladas por la Convención. Piénsese entre otras en la reparación o en la cooperación internacional entre los Estados en la persecución de los perpetradores. Acudiendo un poco al sentido común, VRANCKX juzga poco coherentes

⁹⁷ Algunas delegaciones propusieron que se especificara la obligación estatal de prohibir y sancionar penalmente esta clase de desapariciones, cuestión que en definitiva no fue incluida en el texto de la CPPDF. Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párrs. 34 y 38; AGONU. Tercera comisión. *Acta resumida de la 45ª sesión*. Sexagésimo primer período de sesiones. A/C.3/61/SR.45, párr. 15.

⁹⁸ PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 11, 12 y 19.

⁹⁹ Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 33; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos...* E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 14 y 98.

establecer diferencias en los estándares de regulación en base a la calidad de los agentes que llevan a efecto la desaparición, argumentando que las consecuencias sufridas por las víctimas son las mismas con independencia de que los autores tengan o no una vinculación con el Estado¹⁰⁰.

Hay que reconocer que en todas las respuestas esbozadas, se ha intentado proponer una interpretación amplia de las normas del tratado, aunque hasta ahora la fecha no hay un autor que haya propuesto algo similar. ANDERSON, por ejemplo, pese a su inclinación a la extensión de la responsabilidad hacia agentes no estatales, se resigna ante la realidad de la *CIPPDF* y sostiene que en este punto ha dejado una laguna¹⁰¹. Puede que tenga razón, pero si a causa de las negociaciones políticas se engendran normas defectuosas y ambiguas, las propuestas interpretativas con sentido crítico podrían orientar la práctica que se hará de ellas

2.3.5. Un dilema dogmático: la posibilidad denegar la información para agentes estatales indirectos y agentes no estatales.

Ya se ha explicado que el delito de desaparición puede ser cometido por agentes estatales directos o indirectos y que se discute la autoría de los agentes no estatales. En estos dos últimos casos, el autor no pertenece a la estructura del Estado, sino que es una persona privada, un particular. Así las cosas, es esencial determinar cuáles de estos agentes están habilitados para la ejecución del acto que compone la segunda parte del crimen de desaparición forzada. Por cierto, a nivel nacional la respuesta a esta inquietud dependerá de la estructura del tipo de desaparición forzada, de modo que las reflexiones que se plantearán a continuación adolecen de cierta generalidad y bordean los límites de la especulación.

La respuesta a esta pregunta posee dos problemas cardinales. Por un lado, no es fácil estructurar una fuente de la que jurídicamente dimanase un deber de información que pueda serle exigible a un particular y por otro lado, si se le exige este deber, puede

¹⁰⁰ VRANCKX, op. cit., p. 11. Para ilustrar su argumentación, la autora utiliza algunos ejemplos de soluciones absurdas a las que podría conducir la falta de una regulación homogénea. Así, no parece razonable que las medidas de reparación sólo beneficien a las víctimas de desapariciones cometidas por agentes estatales o que un Estado parte deniegue la extradición de perpetradores no estatales alegando que la Convención sólo lo obliga a la cooperación internacional respecto de agentes estatales.

¹⁰¹ ANDERSON, op. cit., pp. 274 y ss.

configurarse un serio problema de inconstitucionalidad por la vulneración del principio de no autoincriminación.

MEINI concibe la estructura típica de la desaparición como un delito de infracción al deber. Uno de los presupuestos metodológicos asumidos por este autor consiste en considerar que no se trata de un delito pluriofensivo, en cuanto el único bien jurídico vulnerado sería la personalidad jurídica de la víctima. Además, considera que el acto central no es la privación de libertad de la víctima, sino la denegación de información. En los delitos de infracción o de incumplimiento de deber, lo esencial es determinar la fuente del deber. MEINI argumenta que la fuente del deber proviene por injerencia de la privación de libertad. La noción de injerencia es netamente penal y se utiliza para explicar una de las fuentes de la posición de garante. En palabras muy simples, se trata de un actuar precedente peligroso que fundamenta esta posición. Sin embargo esto es discutido por AMBOS y BÖHM, quienes creen que la fuente del deber se halla en la norma típica, porque es el tipo que impone a los agentes estatales, directos o indirectos, el deber de informar. Este mandato se desprende de la finalidad del cargo de funcionario público, que debe velar por el buen funcionamiento de la administración y por el bienestar de los habitantes. Por otra parte, GALAIN PALERMO cree que la fuente de la posición de garante deviene del deber especial extrapenal de los funcionarios públicos por calidad del cargo que envisten.

Pues bien, sobre la base de tales presupuestos, de acuerdo al razonamiento de estos autores, si la naturaleza típica del delito es la de una infracción al deber, sólo pueden ejecutarlo quienes tienen un deber específico de otorgar información sobre la víctima. Para MEINI sólo pueden ser los funcionarios públicos que han intervenido en la privación de libertad o que sin haber intervenido en la privación de libertad, tienen el deber jurídico de custodia sobre el detenido. MODOLELL, GALAIN PALERMO, AMBOS y BÖHM agregan a los agentes estatales indirectos aunque no coinciden del todo en la argumentación. En efecto MODOLELL cree es el apoyo o aquiescencia del Estado la fuente del deber de estos agentes, mientras que GALAIN PALERMO, los asimila a los funcionarios públicos, denominándolos funcionarios públicos de hecho, de modo que sobre ellos pesa el deber especial extrapenal antes mencionado.

Este deber debe ser cumplido dentro de los plazos y en la forma que prescribe la ley. El deber cesa cuando no es posible cumplirlo, es decir, cuando aparece el desaparecido o sus restos. Si el funcionario público ha cesado sus funciones el deber

persiste en base al derecho a la verdad que tiene la sociedad. Persiste hasta que ese derecho exista, como asimismo, hasta que exista el deber correlativo del Estado de explicar qué ha ocurrido. Es un deber de ciudadano¹⁰².

Ahora bien, al intentar ampliar la responsabilidad hacia agentes no estatales, si se asume la tesis de la desaparición forzada como delito de infracción del deber, es obligatorio estructurar una argumentación que permita identificar y justificar una fuente de deber para estos sujetos. A mi juicio podría utilizarse la misma argumentación empleada para atribuir el deber a los funcionarios de hecho que por cualquier razón hayan cesado en sus funciones. Se trata de un deber ciudadano que persiste hasta que reaparezca el desaparecido o sus restos y su subsistencia deriva del derecho a la verdad que tiene la sociedad y del deber correlativo del Estado de reconstruir esa verdad. Por ende, todo aquel que sepa algo del paradero o destino de la víctima tiene el deber de revelarlo.

En cuanto al problema de la autoincriminación, AMBOS y BÖHM sostienen que la solución de la tipificación alemana es la más adecuada para sortear el problema de la autoincriminación, porque entiende que el particular debe denegar la información por encargo del Estado o incumpliendo un deber jurídico, ya que *“ambas referencias están poniendo al sujeto en posición de garante, ya sea ‘por su asimilación al cumplimiento de una función pública –por actuar «por encargo del Estado»–, lo cual lo situaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de valar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger por propia decisión y sin orden estatal se alineó en una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los deberes jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos”*¹⁰³.

2.4. La sustracción a la protección de la ley.

La definición de la Convención concluye con la exigencia de que se sustraiga a la víctima a la protección de la ley. ANDREU-GUZMÁN define este elemento como *“the*

¹⁰² Para todo este debate, cfr. MEINI, op. cit., pp. 122 y 123; AMBOS/BÖHM, op. cit., pp. 234 y 249; MODELELL GONZÁLEZ, op. cit., p. 191; GALAIN PALERMO, op. cit., pp. 159-164.

¹⁰³ AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 235.

effect of suspending enjoyment of all of the rights of the disappeared person and placing the victim in a situation of complete defencelessness”¹⁰⁴.

En la *CIDFP* este elemento se expresa de una manera bastante más restringida y defectuosa a la vez, ya que sólo se alude al impedimento del “*ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*”¹⁰⁵, de modo que si los familiares de la persona desaparecida tuvieran acceso a los recursos mencionados, no habría desaparición forzada. Parece más razonable la redacción más amplia de la *CIPPDF* y del preámbulo de la *DPPDF*, que hablan de sustracción a la protección de la ley¹⁰⁶.

En los trabajos preparatorios de la *CIPPDF*, lo más discutido fue la naturaleza jurídica de este elemento, ya que algunos pensaban que se trataba de un elemento constitutivo de la definición, mientras otros creían que sólo configuraba una consecuencia de los tres elementos anteriores. De ser un elemento adicional, lo recomendable era dejar constancia de su exigibilidad en el texto de la definición, mientras que si se trata de una mera consecuencia, su presencia en el texto de la definición era innecesaria¹⁰⁷.

En definitiva, se optó por incorporar la sustracción a la protección de la ley en el art. 2, aunque de las declaraciones del Presidente del GTPDFP, se infiere que la fórmula literal escogida es flexible, porque configura una “*ambigüedad constructiva*” que otorga a cada Estado Parte la libertad para interpretar si se trata de un elemento o de una

¹⁰⁴ ANDREU-GUZMÁN. “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., p. 2: [el efecto de suspender el disfrute de todos los derechos de la persona desaparecida y de colocar a la víctima en una situación de completa indefensión]. De acuerdo a la opinión vertida por alguna delegación en la preparación de la *CIPPDF*, la sustracción a la protección de la ley significa que “*a los ojos del Estado, la privación de libertad o la detención de la persona no entraba dentro del ámbito de aplicación de las normas relativas a la privación de libertad o la detención, o que esas normas no eran conforme al derecho internacional aplicable*”. No obstante, parece ser más una referencia a la ilegalidad de la detención que la conceptualización del elemento en análisis. Cfr GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos...* E/CN.4/2006/57, cit., párr. 92-93; AGONU. Tercera comisión. *Acta resumida de la 45ª sesión*. Sexagésimo primer período de sesiones. A/C.3/61/SR.45, párr. 13 y 19 y 82ª sesión plenaria. A/61/PV.82, 20 de diciembre de 2006, p. 2.

¹⁰⁵ *CIDF*, cit., artículo II.

¹⁰⁶ PÉREZ SOLLA, op. cit., p. 13.

¹⁰⁷ Para esta última posición, vid. GTDFI, *Report of the working group on enforced or involuntary disappearance*, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment*. E/CN.4/1996/38, cit., párr. 55.

consecuencia¹⁰⁸. ANDERSON no duda que la redacción permite esta alternativa, pero juzga poco probable que en los ordenamientos nacionales la sustracción a la protección de la ley se considere como elemento, porque la opinión dominante en el GTPDFP y asociaciones de familiares de detenidos desaparecidos era la opuesta, de modo que para los Estados sería poco prudente no seguirla¹⁰⁹. Por su parte, la doctrina mayoritaria considera que la sustracción a la protección de la ley no es un elemento, sino una consecuencia de los elementos anteriores¹¹⁰.

Ahora bien, el análisis de este elemento obliga a tratar dos cuestiones que han sido objeto de discusión y que, en definitiva no quedaron plasmadas en la *CIPPDF*. La primera se refiere a que la sustracción a la ley sea “*por un período prolongado*”, *elemento temporal* y la segunda, a la explicitud del *elemento intencional*.

2.4.1. El elemento temporal.

Hubo alguna propuesta a favor de que la sustracción de la ley debiera ser por un período prolongado. Sin embargo no existe unanimidad en la interpretación de esta expresión. Durante la discusión previa a la aprobación de la *CIPPDF*, algunas delegaciones exigían este agregado temporal porque, supuestamente, en todo caso de desaparición transcurre “*algún tiempo entre la detención y la notificación del encarcelamiento*”¹¹¹. Pero otros sostienen que debe asociarse al derecho a comparecer sin demora ante un juez o autoridad judicial competente¹¹².

Más allá de la preferencia por alguna de las interpretaciones esbozadas, la expresión “*período prolongado*” es vaga e imprecisa, más aun si se considera que el

¹⁰⁸ Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 23; “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos...* E/CN.4/2006/57, cit., párr. 91.

¹⁰⁹ ANDERSON, op. cit., p. 273.

¹¹⁰ Cfr. PÉREZ SOLLA, op. cit., pp. 11, 16 y 19; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 273.

¹¹¹ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párr. 22.

¹¹² ANDREU-GUZMÁN. “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, cit., pp. 8-9.

tiempo es un factor cuantificable¹¹³. Se trata de una expresión que flexibiliza y disminuye el umbral de protección para las personas desaparecidas y que se erige como una exigencia innecesaria y perjudicial, ya que desde el punto de vista de las garantías es preferible evitar todo escollo a su ejercicio desde el momento mismo de la privación de libertad. Exigir el transcurso de un plazo se traduce en un incentivo para que los Estados atenúen el régimen de protección¹¹⁴. Además, han existido casos en que la víctima ha sido ejecutada al cabo de pocos días de su detención, de modo que esta exigencia temporal podría dejar exentos de protección supuestos de esta naturaleza. Tal como han señalado SCOVAZZI y CITRONI, “*once the offence is committed, its existence is not altered by the fact that it lasts a few hours or several years*”¹¹⁵.

2.4.2. El elemento intencional.

La discusión sobre la necesidad de explicitar el elemento intencional no fue muy lúcida, quizás porque el tratamiento de las cuestiones subjetivas, más que ser un tema de Derecho internacional de los derechos humanos, es un tema de Derecho penal internacional, de modo que el solapamiento de los ámbitos de aplicación –a veces inconsciente– no contribuyó al rigor de la discusión. Lo anterior influyó en la falta de claridad sobre la conveniencia de la incorporación explícita de un elemento intencional y sobre la carencia de unanimidad en la identificación del contenido de tal elemento¹¹⁶.

Efectivamente, en las primeras discusiones y por influencia de la teoría de los crímenes de lesa humanidad, se pensaba que el autor debía actuar sabiendo que su conducta formaba parte de un ataque sistemático y generalizado¹¹⁷. Sin embargo, se

¹¹³ En un sentido similar, vid. SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 275.

¹¹⁴ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párr. 23.

¹¹⁵ SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 276 [Una vez que el delito es cometido, su existencia no se altera por el hecho de que dure unas pocas horas o varios años].

¹¹⁶ Problemas semejantes, por no decir idénticos, se produjeron en la redacción del ER. Para WITSCHERL y RÜCKERT, cit., p. 99, el origen de la discusión es atribuible a las diferencias entre los diversos idiomas en que se suelen redactar los textos internacionales; a la naturaleza extremadamente compleja de la figura, especialmente en lo que se refiere a su carácter continuo y permanente, a su estructura típica compuesta por una pluralidad de actos y a la acostumbrada intervención de diversos sujetos en su ejecución.

¹¹⁷ Cfr. Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia...* E/CN.4/Sub.2/1998/19, cit., párr. 25; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC.

incurría en una confusión con el elemento subjetivo de la definición de crimen de lesa humanidad elaborada por el Derecho penal internacional y hoy consagrada en el *ER*. En las discusiones posteriores, el contenido del elemento intencional asumió otro matiz, recayendo sobre la sustracción a la protección de la ley. Así entendido, el elemento intencional demanda que el autor cometa el hecho con la intención de sustraer la víctima a la protección de la ley.

Ahora bien, entre los argumentos a favor de la explicitud de la intencionalidad, se resaltaba su calidad de elemento esencial para la configuración de la responsabilidad individual, siendo indispensable su incorporación al concepto de desaparición forzada¹¹⁸. También se creía que su utilidad práctica radicaba en el establecimiento de una clara diferencia entre desapariciones y otros supuestos en que la autoridad estatal se niega legítimamente a entregar información sobre la suerte del detenido por un período acotado de tiempo¹¹⁹.

Por el contrario, los detractores del elemento intencional argumentaban que la prueba de un elemento de esas características es muy difícil y que complicaría la condena de los responsables¹²⁰. Para NOWAK, hay dos argumentos prácticos que avalan evitar la explicitud de intencionalidad. Por un lado, un contexto de desaparición implica la participación de muchos sujetos que desempeñan papeles diferentes y de ellos pocos poseerán el tipo de intención en análisis. Por otro lado, la criminología de las desapariciones demuestra que la gran mayoría de los autores no tienen esa voluntad específica, sino que la de privar de libertad a la víctima, torturarla, matarla y/o esconder

Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2003/71, cit., párr. 40.

¹¹⁸ Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos...* E/CN.4/2006/57, cit., párrs. 94-95; AGONU. *Acta resumida de la 45ª sesión*. A/C.3/61/SR.45, cit., párr. 8 y 11.

¹¹⁹ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 24.

¹²⁰ Cfr. GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2004/59, cit., párr. 25; GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 25. Este argumento también ha sido esgrimido por el experto POURGOURIDES en su informe presentado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Vid. *Enforced disappearances*, cit., párrs. 10.1.2 y 47.

sus restos mortales, procurándose impunidad para evitar la sanción¹²¹. De acuerdo con otro argumento, NOWAK arguye que la intencionalidad es una pieza implícita en la definición, porque sería impensable la coexistencia de los demás elementos en su ausencia de intencionalidad, siendo innecesaria la inclusión de complementos explícitos de intencionalidad¹²². Finalmente, se señala que la sustracción a la protección de la ley es una consecuencia de la desaparición y no un elemento intencional¹²³.

2.4.3. La incorporación del elemento temporal y del elemento intencional en la definición de desaparición forzada del Estatuto de Roma.

La fórmula adoptada por el *ER* sobre este punto es opuesta a la *CIPPDP*, ya que exige al autor “*la intención*” de dejar fuera del amparo de la ley a la víctima “*por un período prolongado*”¹²⁴. Contra esta solución, se han dirigido las mismas críticas explicadas más arriba respecto del elemento intencional y temporal y otras críticas específicamente relacionadas con el carácter penal internacional de estas normas.

Respecto del elemento cognitivo del elemento subjetivo, los *EC* exigen “*Que el autor haya sido consciente de que:*

a) *Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o*

b) *Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad*”¹²⁵.

A su vez, una nota al pie, se refiere al “*caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba*”, y le exige al autor haber estado “*consciente de que*

¹²¹ Cfr. NOWAK, op. cit., párr. 74; ESPOSITO, GENTILE, y TRASPASSO, op. cit., n. 430; ANDERSON, op. cit., p 271.

¹²² Cfr. GTPDFP. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular, las cuestiones relacionadas con las desapariciones forzadas y sumarias*. E/CN.4/2004/59, párr. 25; el mismo, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. E/CN.4/2005/66, párr. 25 y 96.

¹²³ GTPDFP. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones...”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular...* E/CN.4/2005/66, cit., párr. 25.

¹²⁴ *ER*, cit., art. 7(2)(i).

¹²⁵ *EC*, cit., elemento 3 del art. 7(1)(i).

esa negativa ya había tenido lugar”¹²⁶. No se entiende por qué esta nota restringe la exigencia subjetiva para este supuesto especial, excluyendo la consciencia de que el curso normal de los acontecimientos la privación de libertad sería seguida de la denegación de información, supuesto perfectamente posible en la realidad.

En cuanto al aspecto volitivo del elemento subjetivo, MODOLELL GONZÁLEZ señala que se trata de un elemento subjetivo del injusto, esto es, un fin abarcado por la intención del autor, pero cuya concreción no se requiere para la configuración de la tipicidad. Su presencia permitiría identificar la desaparición como un delito de tendencia interna trascendente¹²⁷. Otros autores, como por ejemplo AMBOS y BÖHM, creen que se trata de un dolo específico o de un dolo más intenso¹²⁸.

Los elementos subjetivos del injusto se suelen confundir con el dolo específico, también denominado dolo más intenso, noción que ha sido blanco de un sinnúmero de críticas por sus inconsistencias dogmáticas¹²⁹. Por ende, es más adecuado el concepto de elemento subjetivo del injusto.

A pesar de las numerosas críticas dirigidas contra este elemento, HALL ha intentado argumentar que el *ER* no tiene por objeto aumentar la carga probatoria sobre la subjetividad del sujeto activo y que a pesar de la literalidad de la norma, no es necesario que los autores detenten la intención de sustracción. Para este autor, al sujeto activo sólo se le exige tener la consciencia de denegar información, en los términos prescritos por los *EC*. Ahora bien, lo que sucede es que la simple denegación ubica automáticamente a la víctima fuera de la órbita de protección de la ley, consecuencia inevitable de la conducta denegatoria, pero consecuencia al fin y al cabo y no elemento definitorio. Incluso, en aquellos casos en que la privación de libertad se lleva a cabo de manera ilegal desde el principio, la metodología generalmente empleada para su ejecución –v. gr., agentes encubiertos, formación de escuadrones de la muerte, utilización de vehículos sin placas identificadoras– permite concluir sin mayor duda,

¹²⁶ Íd., n. 28 del elemento 3(a) del art. 7(1)(i).

¹²⁷ MODOLELL GONZÁLEZ, op. cit., p. 190. Cfr. CorteIDH, *Gómez Palomino vs Perú*, cit., voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 23.

¹²⁸ Entre los autores que identifican un dolo específico en la regulación de la desaparición del *ER*, vid. AMBOS y BÖHM, op. cit., p. 250.

¹²⁹ Entre los autores que identifican un dolo específico en la regulación de la desaparición del *ER*, vid. AMBOS/BÖHM, op. cit., p. 250.

que su objetivo fundamental es denegar información, generando el efecto de sustraer a la víctima de la protección jurídica¹³⁰.

A mi juicio, se trata de una interpretación bienintencionada, que intenta restringir el resultado hermenéutico del elemento en análisis, ante la literalidad de la norma. Sin embargo, no debe dejar de tenerse en cuenta de que si la interpretación correcta es la señalada por este autor, no había ninguna necesidad de incorporar este elemento en la redacción normativa o, al menos, debería haberse realizado de una manera que evidenciara su naturaleza jurídica de consecuencia y no de elemento definitorio o de exigencia subjetiva adicional.

Por otra parte, la irracionalidad del elemento temporal es evidente. Si bien HALL admite que la incorporación de esta exigencia es criticable, intenta interpretarla restrictivamente a fin de facilitar la estimación de la configuración típica. Según él, la palabra “*prolong*” utilizada en la versión inglesa del *ER*, significa hacer algo más largo o más extendido. Según este autor, el significado del término obliga a entender que el período de tiempo en análisis debe ser lo más corto posible. Para su cuantificación habría que considerar los estándares internacionales que regulan el tiempo durante el cual puede negarse al detenido el acceso al mundo exterior. Se trata de plazos extremadamente cortos, aun en casos excepcionales, ya que, en general, no pueden superar las 48 horas posteriores a la privación de libertad¹³¹.

La posibilidad de acceder al mundo exterior es indispensable para evitar eventuales violaciones a los derechos humanos, entre otras, las desapariciones, ya que “*many lives have been saved by prompt reaction within the first hours of an enforced disappearance*”¹³². Transcurridos los brevísimos plazos aludidos, la detención se convierte en arbitraria, habilitando el ejercicio de los recursos necesarios para que la persona sea puesta inmediatamente en libertad. Sin perjuicio de lo anterior, las autoridades deben informar al menos de la existencia de una privación de libertad y el paradero del detenido¹³³.

¹³⁰ HALL, op. cit., pp. 269, 270, 272, 273 y n. 587.

¹³¹ Id., p. 271 y n. 592. Vid. *supra* 2.2.

¹³² Ibid.: [muchas vidas han sido salvadas gracias a una pronta reacción durante las primeras horas de una desaparición forzada]

Teóricamente estas últimas apreciaciones parecen ser correctas, pero imaginar su utilidad práctica genera serias dudas. Para que el transcurso de los plazos convierta la detención en arbitraria, ¿no será necesario saber al menos el hecho de la detención y la fecha y hora de su ejecución? Responder afirmativamente a estas preguntas implica retornar al punto de partida. Si se considera que en la gran mayoría de los casos de desapariciones, las autoridades estatales niegan absolutamente toda información del detenido pese a la obligación jurídica existente, las serias dudas que hemos anticipado se convierten en sensatas preocupaciones. Asimismo, el caso de la víctima ejecutada antes del transcurso del plazo legal para ser puesta a disposición del juez puede quedar excluido de la tipicidad de la norma

Sin duda, la de HALL es una interpretación inteligente, cuya ventaja estriba en establecer una conexión con la evolución que en el Derecho internacional han experimentado las garantías procesales para el detenido, alcanzando hoy en día una aceptación relativamente generalizada¹³⁴. El suyo es un intento de evitar interpretaciones que dificulten de sobremanera la configuración del tipo, aunque – esperando equivocarme– su aplicación práctica es compleja, lo que confirma la nefasta incorporación de esta exigencia en la definición y las dificultades que puede interponer en la protección de la persona desaparecida¹³⁵.

A modo de conclusión, la concurrencia copulativa de ambos elementos hace surgir una complejidad adicional, en cuanto debe acreditarse que el autor, no sólo tenía la intención de sustraer a la víctima a la protección de la ley, sino además de hacerlo por un período prolongado de tiempo. Si la prueba aislada de cada uno de estos componentes es difícil, la prueba conjunta de ambos bordea los márgenes de la imposibilidad¹³⁶. Además, conduce al absurdo, porque si hubiera un autor que sólo tiene intención de sustraer a la víctima a la protección de la ley por unas pocas horas o días,

¹³³ Íd., p. 271.

¹³⁴ Íd., p. 271 y n. 592.

¹³⁵ ANDREU-GUZMÁN. "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", cit., p. 85.

¹³⁶ En un sentido similar, SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 276.

no cumpliría las exigencias normativas de intencionalidad y ese autor podría ser eximido de responsabilidad¹³⁷.

CONCLUSIONES PRELIMINARES.

De acuerdo a lo esbozado a lo largo de este capítulo es posible exponer las siguientes conclusiones preliminares:

1. La desaparición forzada de personas posee –y necesita– una autonomía conceptual, no sólo porque se diferencia claramente de otras figuras tradicionales afines, sino también porque dichas figuras son insuficientes para brindar una protección jurídica a la pluralidad de derechos afectados por el fenómeno de la desaparición.
2. La desaparición forzada debe ser diferenciada del secuestro por varias razones. La desaparición, además de la libertad personal, vulnera otros bienes jurídicos. Por otra parte, su estructura típica es diferente, porque se configura no sólo por la privación de libertad, sino también por la denegación de información. En la desaparición la conducta de privación de libertad puede ser legal en su inicio, a diferencia del secuestro. Finalmente, según la teoría dominante, la desaparición tiene un sujeto activo especial, a diferencia del secuestro, que puede ser cometido por cualquier persona.
3. La desaparición también debe diferenciarse de la tortura. Si bien es cierto que en la realidad la gran mayoría de los desaparecidos son sometidos a tortura antes de ser ejecutados, desde el punto de vista jurídico la ausencia de tortura no puede servir como base para descartar una desaparición. Finalmente, desde el punto de vista probatorio, una cosa es probar la desaparición y otra, la tortura.
4. De acuerdo a la opinión dominante, la noción de desaparición forzada se estructura sobre la base de tres elementos, a saber: la privación de libertad, la denegación de información y el sujeto activo. La sustracción a la protección de la ley, en cambio, es una consecuencia de los elementos anteriores.

¹³⁷ Cfr. MODOLELL GONZÁLEZ, op. cit., p. 182; SCOVAZZI/CITRONI, op. cit., p. 276.

5. La desaparición es una figura compleja, porque puede ser cometida de múltiples maneras. Sin embargo, presenta una peculiaridad adicional, porque además de compleja es una figura problemática, en cuanto todos sus elementos han generado algún tipo de debate sobre alguno de sus aspectos, debates que aun no están del todo resueltos.
6. En cuanto a la privación de libertad, no importa la forma en que la conducta se lleve a efecto y es perfectamente posible que el principio de su ejecución esté revestido de legalidad. Sin embargo, a mi juicio, para que se configure la desaparición forzada es imprescindible el surgimiento de la ilegalidad de la detención y el momento en que ello ocurre coincide con la ejecución de la denegación de información.
7. En lo que respecta este último elemento, se trata de la conducta que identifica la desaparición forzada y que permite diferenciarla de otros delitos que afectan a la libertad personal. En definitiva, si no hay denegación de información, no existe puesta el peligro de los bienes jurídicos afectados por la desaparición. Su contenido se refiere a la suerte y paradero de la víctima y su realización no exige la concurrencia de un requerimiento previo. Finalmente, en lo que se refiere a su iniciación, no está claro el momento exacto en que principia, porque no hay uniformidad en las fuentes internacionales acerca del plazo que debe transcurrir para llevar al detenido a disposición del juez competente.
8. De acuerdo a la postura dominante, el sujeto activo de la desaparición forzada puede ser un agente estatal directo o indirecto. Sin perjuicio de lo anterior, existen importantes tendencias que defienden la ampliación de responsabilidad hacia los agentes no estatales. Tanto es así, que el *ER* contempla la organización política entre los sujetos activos de la desaparición. Por su parte, la fórmula adoptada por la *CIPPDF* sobre esta materia es extremadamente ambigua, resultado de un compromiso entre diferentes posturas antagónicas manifestadas en el transcurso de los trabajos preparatorios. La ambigüedad de la solución da lugar a múltiples visiones hermenéuticas, pero en este trabajo se ha defendido una interpretación amplia de acuerdo a la cual el ámbito de aplicación de dicha Convención puede expandirse hacia hipótesis de desapariciones ejecutadas por agentes no estatales.

9. Sin perjuicio de lo anterior, existe un problema dogmático que debe ser objeto de mayor estudio doctrinario y que se refiere a la posibilidad de que los agentes no estatales y los agentes estatales indirectos, tengan la posibilidad jurídica de cometer la conducta denegatoria de información sin que se vea comprometida el principio de no autoincriminación. Los autores no tienen una opinión unánime al respecto, pero la mayoría considera que la desaparición es un delito de infracción de deber, aunque disienten en la identificación de la fuente del deber. Respecto de los agentes estatales indirectos, esa fuente dimanaría de la aquiescencia o apoyo del Estado o, según otra opinión, de la asimilación del agente a un funcionario de hecho. En cambio, respecto de los agentes no estatales, existiría un deber hacia con la sociedad, que tiene derecho al conocimiento de la verdad sobre el destino, paradero y suerte del desaparecido, de modo que el deber sólo se extingue tras la satisfacción de este derecho.
10. La sustracción a la protección de la ley no es un elemento de la definición de la desaparición, sino una consecuencia de los tres elementos anteriores. La exigencia de cuestiones anexas a este elemento, ya sea de carácter temporal o intencional, es del todo desaconsejable, porque conllevaría una restricción exagerada de la noción de desaparición y por ende, una delimitación insoportable de su ámbito de aplicación. A lo anterior, se suman elevadas dificultades probatorias. En base a todos estos problemas, la solución de la definición del *ER* es criticable al haber incorporado exigencias subjetivas y temporales específicas.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL.

ACLARACIONES PRELIMINARES.

Este capítulo estará dedicado a la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas cometidas por agentes estatales. Uno de los apartados del primer capítulo se ha referido a la noción de esta categoría de agentes y a la clasificación de los mismos¹³⁸. Debe recordarse que se distinguen dos clases de agentes estatales, los directos y los indirectos. Dicha clasificación ha sido tomada como base para la estructuración del presente capítulo, de modo que se tratará, en la primera parte, la configuración de la responsabilidad internacional estatal cuando la desaparición ha sido cometida por un agente estatal directo, para luego dedicar la segunda parte a la responsabilidad estatal por desapariciones cometidas por agentes estatales indirectos.

En el desarrollo de estos análisis, se han tomado en consideración principios, normas y prácticas internacionales generales sobre las distintas categorías de imputación de un comportamiento al Estado. En efecto, hay diferentes clases de reglas de imputación y un factor determinante para valorar cuál de ellas debe ser aplicada es el sujeto que realiza el comportamiento. Durante la lectura de los diferentes epígrafes, es fácil percatarse de la especial atención que se ha prestado a la tipificación de las normas sobre responsabilidad internacional emprendida por la CDI en su *Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (en adelante, *Proyecto de la CDI*)¹³⁹, aprobado por la AGONU en la res. 56/83 del 12 de diciembre de 2001 sobre *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*¹⁴⁰.

¹³⁸ Vid. *supra* 2.3.1. del capítulo I.

¹³⁹ CDI, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, contenido en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, AGONU, 56° período de sesiones, Suplemento n° 10, A/56/10, pp. 10-406. Los comentarios al referido Proyecto han sido publicados en CRAWFORD, James. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad Internacional del estado*. Introducción, texto y comentarios. Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca, bajo la supervisión de Carlos Espósito. Madrid: Dykinson, 2004. Para simplificar la cita en las próximas

Pese a no ser un tratado internacional constituye una codificación de las normas sobre responsabilidad internacional, fruto de un proceso que se ha venido gestando durante siete décadas, de modo que no es posible tratar un tema vinculado con la responsabilidad internacional estatal obviando la consulta de este conjunto normativo.

Sin embargo, siendo conscientes que la versión definitiva de este Proyecto ha generado discusión entre los comentaristas, no se pretende perder el sentido crítico, más aun si el objeto de esta investigación es un tema tan delicado y trascendente como la desaparición forzada. En ese orden de ideas, la configuración de la responsabilidad puede asumir matices especiales ante la violación de derechos fundamentales, atendida la práctica existente o la regulación convencional, de manera que se ha intentado no desatender esas peculiaridades en el análisis.

1. LA DESAPARICION FORZADA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL DIRECTO.

1.1. Principio de unidad del Estado e imputabilidad de las desapariciones forzadas.

La unidad del Estado es uno de los principios esenciales sobre responsabilidad internacional. Se trata de la regla básica de imputabilidad. Conforme este principio, todo acto o comportamiento de un órgano público que actúa en calidad de tal, es atribuible al Estado al que pertenece ese órgano¹⁴¹.

Esta regla está consagrada en el art. 4 del *Proyecto de la CDI*, que prescribe lo siguiente: “1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la

referencias, me referiré directamente al número de comentario del artículo respectivo del *Proyecto de la CDI*.

¹⁴⁰ AGONU, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, res. 56/83 del 12 de diciembre de 2001.

¹⁴¹ El primer antecedente internacional en que se aplicó el principio es el caso “Isaac Moses vs. México», American Docket, convention de 4 de julio de 1868”, en BASSETT MOORE, John, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a party*, 6 vols. Washington: Government Press Office, vol. III, 1898, p. 3129.

organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que el órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

Se trata de un principio consuetudinario dominante en materia de responsabilidad internacional del Estado y de extrema importancia en materia de Derecho internacional de los derechos humanos¹⁴².

A continuación se hará una reseña de algunas peculiaridades de este principio como regla de imputabilidad general y luego se tratará su aplicación en materia de desapariciones forzadas.

1.1.1. Principio de unidad del Estado como regla de imputabilidad.

En relación a la responsabilidad internacional del Estado, para los efectos de la imputabilidad, basta que el sujeto que ejecute el comportamiento sea un órgano estatal. El tipo de órgano que ejecuta el acto es irrelevante, siendo ésta una de las principales manifestaciones del principio de unidad del Estado¹⁴³. Lo determinante es que el órgano en cuestión ejerza una prerrogativa pública¹⁴⁴.

El sintagma “*órgano del Estado*” y las palabras “*persona*” y “*entidad*”¹⁴⁵, al ser entendidas en sentido amplio, permiten aglutinar cualquier tipo de entidad individual o colectiva o persona natural o jurídica que integren la organización del Estado¹⁴⁶, sin importar el tipo o categoría, clase de funciones que desempeñan, nivel territorial¹⁴⁷,

¹⁴² DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. “La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”. *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Derecho internacional de los derechos humanos. Ricardo Méndez Silva (coord.). Serie Doctrina Jurídica, n° 98. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 665.

¹⁴³ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4, comentario n° 5.

¹⁴⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho internacional público*. Parte general (1993), 4ª edición revisada. Madrid: Trotta, 2005, p. 480.

¹⁴⁵ Estos términos también se utilizan en los arts. 5 y 7 del *Proyecto de la CDI*.

¹⁴⁶ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4, comentarios n° 6 y 12.

¹⁴⁷ “«Différend Héritiers de S.A.R. Mgr le Duc de Guise», 3 de abril y 18 de diciembre de 1950, 15 de septiembre de 1951 y 20 de noviembre de 1953”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIII, 2006, pp. 150-170. En este caso se resuelve que la expedición de un decreto de parte de las entidades administrativas regionales de un gobierno, no impide la imputabilidad de ese acto al Estado al que pertenece esa entidad.

pertenencia al Poder Judicial, Ejecutivo o Legislativo¹⁴⁸. Tampoco importa la distinción entre funcionarios superiores y funcionarios subordinados, es decir, el grado jerárquico del agente que ejecuta el comportamiento, aunque la regla es que agentes inferiores tengan un ámbito de actuación más restringido que los primeros¹⁴⁹, lo que podría ser relevante en materia probatoria.

Por regla general, el papel de Derecho interno es fundamental en la calificación de una entidad como órgano del Estado. Si éste atribuye la calidad de órgano a una entidad no existirán mayores problemas interpretativos. Sin embargo, no todos los sistemas jurídicos tratan esta cuestión con un margen tan elevado de certeza y, por otra parte, puede haber supuestos en que, si bien el Derecho nacional de un Estado ha regulado los requisitos orgánicos de una entidad pública, existan entidades de naturaleza ambigua cuya calificación no haya sido abordada explícitamente por el ordenamiento jurídico interno. En tales hipótesis habrá que interpretar si la referida entidad, “*actúa en realidad*” como órgano del Estado¹⁵⁰, es decir, si en los hechos se comporta con autoridad pública.

De todos modos, un principio básico en materia de responsabilidad internacional del Estado, es que no puede invocarse el Derecho nacional como eximente de responsabilidad, ya que así lo establece el art. 3 del *Proyecto de la CDI*, en los siguientes términos: “*La calificación del hecho del estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del hecho como lícito por el derecho interno*”. En ese sentido, la falta de calificación de un órgano o su calificación ambigua o defectuosa, en principio, no podrían constituir un obstáculo para la atribución.

¹⁴⁸ Cfr. *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4, comentario n° 6; “«The Claims of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company”, et. al. (El Salvador, United States)», 2 y 8 de mayo de 1902”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, 2006, p. 477. Se trata de uno de los primeros antecedentes en que se afirma la irrelevancia de Poder del Estado que haya ejecutado el acto para los efectos de la atribución. En este caso particular, el acto había sido expedido por el ejecutivo. Para en análisis de otros precedentes que se refieren a actos no sólo del ejecutivo, sino también legislativos y judiciales, vid. la amplia práctica internacional citada en las n. 111-115 del *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4.

¹⁴⁹ Cfr. *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4, comentario n° 7. La práctica más antigua que demuestra la irrelevancia del grado jerárquico del funcionario que ejecuta el acto, dice relación a pleitos arbitrales inmediatamente posteriores a la segunda guerra mundial, principalmente referidos a la expropiación o administración de bienes del enemigo, v. gr., “«Currie Case», decision n° 21, 13 de marzo de 1954”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 2006, p. 24.

¹⁵⁰ Se trata de una interpretación autorizada por la palabra “*incluye*” del párr. 2 del art. 4 del *Proyecto de la CDI*. Vid., también, comentario n° 11 del referido art. 4.

1.1.2. La imputabilidad de la desaparición forzada cometida por agentes estatales directos.

Por razones sistemáticas es necesario dedicar una breve parte de este capítulo para reflexionar sobre la aplicación de la regla de imputación anteriormente desarrollada a la desaparición forzada de personas, aunque pueda parecer algo innecesario por su obviedad. En efecto, es indiscutible que las desapariciones ejecutadas por agentes estatales directos se atribuyen al Estado y generan su responsabilidad internacional. De hecho, los casos que generan discusión en materia de agentes estatales no han sido los relativos a los agentes directos, sino a los agentes indirectos y agentes no estatales, tal como se analizará más adelante¹⁵¹.

Ahora bien, los precedentes internacionales en materia de desaparición forzada han aplicado el principio de unidad del Estado en sus diversas manifestaciones para los efectos de la atribución de actos de agentes estatales directos. La jurisprudencia internacional sobre desapariciones de la CorteIDH ha declarado la responsabilidad internacional del Estado por intervención de sus agentes en la ejecución de este delito. En efecto, desde sus primeras sentencias, específicamente, *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, ambas contra Honduras, aplicó el principio de unidad del Estado, principio que de acuerdo a la tesis de este Tribunal, dimana del art. 1(1) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante, CADH)¹⁵². Estas resoluciones, como de sobra se sabe, constituyen verdaderos *leading cases* en materia de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos, constituyéndose en precedentes cuya lógica ha venido siendo aplicada por la Corte no sólo en resoluciones sobre desapariciones, sino también en resoluciones sobre violaciones de otros derechos humanos. No hay sentencia de la CorteIDH que no beba del espíritu de *Velásquez Rodríguez*.

En opinión de la Corte, “*es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público*

¹⁵¹ Vid. *infra* 2 del capítulo II y capítulo III, respectivamente.

¹⁵² Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica.

lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto”¹⁵³.

La posibilidad de atribuir al Estado la desaparición ejecutada opera cualquiera sea la clase de agentes estatales que la ejecutaron, con independencia de que formen parte de sus fuerzas armadas, organismos policiales, entidades de inteligencia o de cualquiera otro órgano que pertenezca al andamiaje público, de modo que las aclaraciones antes esbozadas a nivel general, tienen plena aplicación en este ámbito específico. Sólo para ilustrar esta afirmación, pueden darse ejemplos de desapariciones ejecutadas por el ejército, como la sentencia *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*¹⁵⁴, por los órganos de inteligencia, como la resolución *Gómez Palomino vs. Perú*¹⁵⁵; o incluso por la policía, como el fallo *Garrido y Baigorria vs Argentina*¹⁵⁶.

¹⁵³ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 169. El principio se reitera en la primera parte del párr. 172. Este fatídico caso trata de la desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, hecho desaparecer por agentes de la Dirección Nacional de Investigación y del grupo de inteligencia G-2 de las Fuerzas Armadas del Estado de Honduras. Cfr. CorteIDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 154, que se refiere a la desaparición del dirigente magisterial Saúl Godínez Cruz. La desaparición de Godínez Cruz ocurre durante la vigencia del Gobierno Democrático de Roberto Suazo Córdoba. Sin embargo, las tensiones de la época eran altísimas, debido a la efervescencia que se estaba viviendo en países cercanos. En Nicaragua había ascendido al poder el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN); por su parte, El Salvador estaba sumergido en una guerra civil motivada por la insurrección del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional y, finalmente, Guatemala estaba sumido en un sanguinario conflicto interno desde 1960. Cabe hacer presente, en relación a estos dos casos claves, que en Honduras, la represión fue llevada a cabo con el apoyo de la CIA estadounidense y militares argentinos, en el marco de operaciones anti-izquierdistas. Vid. DIONIS, Gregorio, *La aparición de osamentas en una antigua base militar de la CIA reabre las operaciones encubiertas argentino-norteamericana en Honduras* [En línea]. Equipo Nizkor, 7 de septiembre de 2001. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/honduras/doc/aguacate1.html>>. [Consulta: 10 de marzo de 2011]. El embajador de estados Unidos en Honduras en aquel entonces, John Dimitri Negroponte, ex miembro de la CIA, colaboró activamente en la represión. No sorprende que la administración de George W. Bush, lo nombrara embajador ante la ONU. Vid. EQUIPO NIZQOR, *John Dimitri Negroponte* [En línea]. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/negroponte/>>. [Consulta: 10 de marzo de 2011].

¹⁵⁴ CorteIDH, *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, nº 138, párrs. 51.1-51.29 y 58. Se refiere a la desaparición forzada de Oscar José Blanco Romero, Roberto Javier Hernández Paz y José Francisco Rivas Fernández, ejecutadas por miembros del Ejército y de la Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), en el contexto del estado de alarma decretado en diciembre de 1999 en la zona del Estado de Vargas, para el mantenimiento de la seguridad tras el desprendimiento de tierra del cerro Ávila a consecuencia de fuertes lluvias.

¹⁵⁵ CorteIDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, cit., párrs. 54.5-54.19. Trata sobre la desaparición de Santiago Gómez Palomino, hecho desaparecer por un puñado de integrantes del temible “Grupo Colina”, quienes lo sacaron violentamente de su residencia de Chorrillos, llevándolo luego a la playa La Chira, no sin antes hacerle cavar la fosa en que sería enterrado, desconociéndose hasta hoy el lugar de sus restos. El “Grupo Colina” fue creado en 1991 como un comando adscrito a la Dirección de Inteligencia del Ejército

En este orden de ideas, cabe observar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) también utilizado esta regla de atribución en casos relativos a la desaparición forzada de personas ejecutadas por agentes estatales. Como ejemplo, basta citar el informe sobre la masacre de Chumbivilcas¹⁵⁷.

Sin embargo no todos los precedentes esbozan sus consideraciones con la misma lucidez de la CorteIDH. En efecto, en casos similares de desapariciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha sido mucho más conservador en la adopción de los criterios de imputación. A mi juicio, ello se debe a la utilización de un estándar probatorio mucho más elevado que el utilizado por la CorteIDH en lo referido a la prueba de la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, la CorteIDH ha sido mucho más proclive al uso de prueba de presunción, tomando en cuenta que uno de los objetivos de la desaparición es generar impunidad ocultando la suerte de la víctima y con ella, las pruebas que permitan esclarecer los hechos y responsabilidades jurisprudencia¹⁵⁸. Sin embargo, el TEDH ha sido más reacio a esa estrategia y en muchas de sus resoluciones ha exigido que la violación sea probada más allá de toda duda razonable, estándar probatorio mucho más exigente y, por ende, mucho más difícil de ser satisfecho en un proceso jurisprudencia.

(DINTE), por orden de los jefes militares y políticos peruanos de la época. Estaba constituido por Agentes de Inteligencia de Operaciones (AIO) pertenecientes al servicio de Inteligencia del Ejército (SIE). Su objetivo era enfrentar el terrorismo mediante la ejecución de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas indiscriminadas.

¹⁵⁶ CorteIDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, n° 26, párr. 10. Versa sobre las desapariciones de Adolfo Argentino Garrido Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda, ambos detenidos en el Parque San Martín de Mendoza por agentes policiales de la Dirección Motorizada de la Policía de Mendoza. El Estado de Argentina reconoció su responsabilidad internacional, de acuerdo a lo señalado en los párrs. 24 y ss. de la sentencia.

¹⁵⁷ CIDH, *Chumbivilcas v. Perú*, caso 10.559, Informe n° 1/96, 1 de marzo de 1996. Engloba la ejecución extrajudicial de 13 campesinos y la desaparición forzada de otros 8, todos ellos residentes en la provincia peruana del mismo nombre, a mano de una patrulla del ejército, en el contexto de la represión de los grupos terroristas Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Tupac Amaru. Es oportuno señalar que estos 21 campesinos no tenían relación alguna con las actividades de tales grupos, tal como ocurrió con muchas de las víctimas de desapariciones forzadas de ese contexto represivo.

¹⁵⁸ Cfr. las siguientes sentencias de la CorteIDH: *Blake vs. Guatemala*, cit., párr. 49; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 137; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 131. En doctrina, vid. ABREU BURELLI, Alirio. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. 2 vols. San José de Costa Rica: t. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 123-124.

Ese enfoque ha repercutido inevitablemente en la estructura de imputación. Las primeras sentencias del TEDH sobre desapariciones sólo han atribuido al Estado la responsabilidad por la falta de investigación sobre la suerte y paradero de la víctima, pero no por las violaciones de los derechos fundamentales llevadas a cabo por agentes estatales¹⁵⁹. Sin embargo, esa tendencia ha ido evolucionando con el tiempo y este Tribunal ha ido aceptando la procedencia de la prueba de presunción para dar por acreditada la violación de derechos. En efecto, ha considerado que la atribución se sustenta no sólo sobre la falta de investigación de los hechos, sino también por la vulneración de derechos acometida por agentes estatales¹⁶⁰. A pesar de ello, no se trata de una jurisprudencia consolidada, ya que de vez en cuando emite sentencias que retornan a un planteamiento más conservador¹⁶¹.

Ahora bien, el hecho de que el TEDH haya atribuido la responsabilidad por falta de investigación, permite abrir un ámbito de atribución respecto del cual generalmente no se centra la atención. En efecto, generalmente se intenta determinar qué tipo de agente llevó a efecto la detención, pero se descuida a efectos de la imputabilidad, los agentes que ejecutaron la segunda etapa de la desaparición, esto es, el ocultamiento de la información. Existe todo un desarrollo jurisprudencial sobre los cuidados que deben

¹⁵⁹ TEDH, *Kurt vs. Turkey*, judgment, 25 de mayo de 1998, (15/1997/799/1002), párrs. 121, 128 y 142. Este caso se remite a la desaparición de Üzeyir Kurt en su aldea de residencia, en el contexto de enfrentamientos entre fuerzas de seguridad del Estado y miembros del Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK). A última vez que fue visto con vida, estaba rodeado de soldados estatales. El Tribunal entendió que el derecho a la vida no había sido violado en su aspecto material, porque no se pudo acreditar más allá de toda duda razonable que la víctima había muerto y que los agentes estatales habían incidido en su fallecimiento. Sin embargo, la falta de una investigación efectiva sobre el destino y paradero de la víctima, a juicio del Tribunal, implicó la vulneración del derecho a la vida en un sentido procedimental.

¹⁶⁰ La mayoría de los casos sobre desapariciones resueltos por el TEDH, dicen relación con el contexto represivo que afectó al Partido de Trabajadores de Kurdistan (PKK) en Turquía y con la actual situación de crisis en Chechenia. Cfr. *Çakici vs. Turkey*, judgment, 8 de julio de 1999, application n° 23657/94, párrs. 85-87, 104 y 127; *Timurtaş vs. Turkey*, judgment, 13 de junio de 2000, application n° 23531/94, párrs. 85-86; *Akdeniz and others vs. Turkey*, judgment, 31 de mayo de 2001, application n° 23954/94, párrs. 85-89 y 106-107; *Orhan vs. Turkey*, judgment, 18 de junio de 2002, application n° 25656/94, párrs. 330-331 y 334-348; *Imakayeva vs. Russia*, judgment, 9 de noviembre de 2006, application n° 7615/02, párrs. 141-142, 146-151 y 171-178; *Khakiyeva, Temergeriyeva and others v. Russia*, judgment, 17 de febrero de 2011, application n° 45081/06 and 7820/07, párrs. 193-195 y 201-205; *Alikhadzhiyeva v. Russia*, judgment, 17 de febrero de 2011, application n° 68007/01, párrs. 59-63. Comparte la opinión esbozada en el cuerpo de este trabajo, en relación a la utilización de prueba de presunciones de parte del TEDH, BARRETT, Joseph, “Chechnya’s last hope? Enforced disappearances and the European Court of Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 22, 2009, p. 139, aunque este artículo se remite exclusivamente a las sentencias dictadas a propósito del contexto checheno.

¹⁶¹ TEDH, *Tekdağ vs. Turkey*, judgment, 15 de enero de 2004, application n° 27699/95, párrs. 81-82.

adoptarse en la investigación de una desaparición forzada. Creemos que la doctrina ha descuidado este aspecto del fenómeno y que no existe un desarrollo de esta materia que guarde estricta relación con las desapariciones. En base a lo anterior, puede constituir un tema relevante para futuras investigaciones, no pudiendo ser abordado en este trabajo.

Para finalizar este apartado, cabe hacer referencia a una última aplicación práctica del principio de unidad en materia desapariciones forzadas. En efecto, también respecto de este delito, existen precedentes que demuestran la irrelevancia del grado jerárquico del agente para la determinación de la imputabilidad. Por ejemplo, en el caso *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka* del HRC, el reclamante alegó este argumento para justificar la atribución de la desaparición al Estado¹⁶². Asimismo, la CorteIDH lo ha explicitado en un número significativo de sentencias¹⁶³.

1.2. Actos *ultra vires* e imputabilidad de la desaparición forzada.

Una importante regla de imputación que ha marcado cierta presencia en la práctica internacional es la de los actos no autorizados o *ultra vires*, esto es, actos

¹⁶² HRC, *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, communication n° 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000, 31 de julio de 2003, párr. 8.7. El caso trata de una desaparición llevada a cabo por una entidad del ejército de Sri Lanka, en el contexto de la represión a la organización terrorista Tigres de la Liberación de Eelal Temil, represión que cobró sus víctimas no sólo entre los integrantes de este grupo, sino también de la población civil. En este caso particular, la desaparición fue llevada a cabo por una entidad denominada “Corporal Sarath”, tal como se explica en los párrs. 2.1-2.4.

¹⁶³ CorteIDH. *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 110. El caso se refiere a la desaparición de supuestos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC, a mano de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare, en el Municipio de Mapiripán. Además, una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba. Cfr. *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 112. El caso trata de una masacre llevada a cabo por el grupo paramilitar “Los tangueros”, dirigidos por Fidel Castaño Gil. Básicamente, se trató de una acción de represalia ante el robo de algunas cabezas de ganado de propiedad de Castaño a mano de la guerrilla. En las mientes de este líder paramilitar, los habitantes de Pueblo Bello eran autores o cómplices del robo. Por esta razón, Castaño ideó un operativo que consistió en una violenta incursión en Pueblo Bello, dirigida a saquear las viviendas, maltratar a sus habitantes y secuestraron a 43 personas que fueron ejecutadas tras haber sido duramente torturadas. Es más, muchos de ellos, ni siquiera alcanzaron a superar la durísima tortura y fallecieron a consecuencia de ella. Cfr. *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 68. La masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar “Los Masetos”, contra los integrantes de la comisión judicial que investigaba graves violaciones a los derechos humanos ejecutadas en esa zona, entre ellas, el caso de los 19 comerciantes. Antes de emprender la retirada, los ejecutores se apropiaron de veintitrés de los veinticinco expedientes que portaba la comisión.

ejecutados por un órgano estatal en extralimitación de su competencia o en contravención de instrucciones impartidas. La regla permite imputar al Estado tales actos y, en el evento de que hayan vulnerado una obligación internacional, dará pie a la configuración de responsabilidad internacional.

Al respecto, el art. 7 del *Proyecto de la CDI*, prescribe que “*El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones*”.

A continuación, siguiendo el mismo esquema del apartado anterior, se hará una breve alusión a los actos *ultra vires* como regla de imputabilidad general, para luego analizar su aplicación en materia de desapariciones.

1.2.1. Actos *ultra vires* como regla de imputabilidad.

La regla está íntimamente vinculada con el principio del art. 3 del *Proyecto de la CDI* antes reseñado, en cuanto la invocación del Derecho nacional no puede ser considerada un eximente de responsabilidad internacional¹⁶⁴. En efecto, la determinación de la competencia de un órgano o la regulación de las instrucciones que se le imparten, dependerá en gran medida del Derecho interno. Por lo tanto, el Estado no podría alegar que, conforme a su ordenamiento jurídico, un comportamiento no puede serle atribuido, porque los actos del órgano se han ejecutado más allá de la competencia asignada o en contravención de las instrucciones impartidas. Incluso, la atribución de comportamiento tiene lugar cuando los miembros del órgano ejecutan actos ilícitos o cuando la extralimitación o contravención es manifiesta, siempre y cuando el órgano haya actuado en su calidad oficial¹⁶⁵.

Esta última observación sirve de nexo para identificar el elemento esencial para la aplicación de la regla, esto es, la calidad oficial del órgano. Efectivamente, “*Es preciso distinguir, por una parte, los casos en que los funcionarios han actuado en su capacidad como tales, aunque ilegalmente o contraviniendo instrucciones, y, por otra,*

¹⁶⁴ Vid. *supra* 1.1.1 del presente capítulo.

¹⁶⁵ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 7, comentario n. 2.

los casos en que su comportamiento está tan alejado del ámbito de sus funciones oficiales que debería ser asimilado al de particulares, no atribuibles al Estado”¹⁶⁶.

La dificultad surge debido a un límite claroscuro entre el comportamiento de un órgano o entidad que actúa a título exclusivamente privado y el de un órgano o entidad que, actuando en su calidad oficial, extralimita su competencia, infringe instrucciones o comete actos ilícitos. La calificación del comportamiento en uno u otro sentido dependerá de las peculiaridades de cada caso particular, porque el *Proyecto de la CDI* sólo establece la regla, pero no fija criterios objetivos específicos. Los *Comentarios del Proyecto* simplemente se limitan a señalar que la “*apariencia de autoridad*” es suficiente para sustentar la imputabilidad, más allá de los “*motivos impropios o ulteriores del sujeto*” o de una actuación que “*abuse del poder público*”¹⁶⁷. Esto hace pensar a BROWNLIE que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva, quien ilustra su opinión con el ejemplo de un policía que, motivado por un deseo de venganza personal, comete una ilicitud actuando en ejercicio de su función, permitiendo así la atribución del acto al Estado¹⁶⁸.

Lo cierto es que no existe a la fecha un estudio adecuado acerca de los criterios de distinción entre actos privados y actos con apariencia de autoridad o en abuso del poder público. Suele decirse que dicha apariencia se configura si el agente se presenta como investido de autoridad, realiza el acto en ejercicio de sus funciones o actuando protegido por la condición oficial. Sin embargo, se trata de expresiones demasiado generales para la construcción de criterios objetivos¹⁶⁹. Asimismo, la práctica internacional que suele citarse, si bien reconoce y aplica la distinción, no elabora un criterio normativo general, concentrándose en detalles fácticos del caso para decidir en uno u otro sentido¹⁷⁰. Es obvio que esta cuestión requiere un mayor desarrollo argumentativo, tarea de la que no puede hacerse cargo este trabajo.

¹⁶⁶ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 7, comentario n. 7.

¹⁶⁷ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4, comentario n. 13.

¹⁶⁸ BROWNLIE, Ian, *System of the law of nations*. State responsibility (Part I) (1982), 1ª reimpresión. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 145.

¹⁶⁹ MARIÑO, op. cit., p. 481.

¹⁷⁰ Cfr. los siguientes precedents de la Mexico/U.S.A. General Claims Commission: “«Francisco Mallén (United Mexican States) v. United States of America», 27 de abril de 1927”, en ONU, *Reports of*

Ahora bien, existen ciertos ámbitos del Derecho internacional en que esta distinción no tiene cabida. DE HOOGH tiene razón cuando argumenta que no puede ser aplicada al Derecho internacional humanitario, en base a lo dispuesto en el *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, que en su artículo art. 91 prescribe lo siguiente: “La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”¹⁷¹, reiterando lo ya dispuesto en el art. 3 del *Convenio de La Haya n° IV*¹⁷². Se trata de una norma que permite incluir actos que, pese a no estar directamente relacionados con el objetivo del conflicto armado, son ejecutados por las fuerzas armadas. Por ejemplo, piénsese en delitos sexuales o actos de pillaje. Se trata de una *lex specialis* de aplicación preferente ante las normas sobre responsabilidad internacional¹⁷³. Al respecto, SASSOLI indica que “La responsabilidad absoluta por tales actos también se justifica por el hecho de que los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual éste ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios. Quienes no quieren tener en cuenta que el artículo 3 del Convenio de La Haya n° IV es una *lex specialis* en relación con el artículo 7 del Proyecto pueden considerar que, al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el derecho

International Arbitral Awards, vol. IV, 2006, pp. 173-177; “«Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States», 23 de noviembre de 1926”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, p. 116.

¹⁷¹ Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978 (en adelante, *PICG*).

¹⁷² *IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre n° IV* [En línea]. Disponible en <http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf>. [Consulta: 19 de mayo de 2011]. Algo parecido, se dice en la p. 212 de los *Comentarios* al art. 29 del *IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (en adelante, *CGIV*), elaborado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. El Convenio fue aprobado el 12 de agosto de 1949 y entró en vigor el 21 de octubre de 1950. Los *Comentarios* a esa Convención están disponibles en <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600034?OpenDocument>>. [Consulta: 16 de abril de 2011].

¹⁷³ DE HOOGH, André J. J. “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on state responsibility, the Tadic case and attribution of acts of bosnian serb authorities to the Federal Republic of Yugoslavia”, *The British Yearbook of International Law*, vol. LXXII, 2001, p. 284.

*internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas. Como personas privadas, nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo”*¹⁷⁴.

Como última observación, existe cierto debate en la identificación de los sujetos a los que puede ser aplicada esta regla de imputación. De conformidad a los *Comentarios del Proyecto de la CDI*, la teoría de los actos *ultra vires* se refiere a los actos de órganos del Estado o entidades que están facultadas para el ejercicio del poder público¹⁷⁵. Sin embargo, cabe preguntarse si la regla también puede ser aplicada a entidades que no son órganos estatales, pero que actúan como órganos *de facto* del Estado. Esta cuestión no puede ser abordada sin un análisis previo de las reglas de imputación de los actos ejecutados por esta última categoría de entidades, de modo que volveremos sobre esta cuestión más adelante¹⁷⁶.

1.2.2. La imputabilidad de la desaparición forzada cometida por agente estatal directo que actúa *ultra vires*.

En la práctica internacional existe una jurisprudencia cuantitativamente abundante de la Mexico/U.S.A. General Claims Commission que aplica la doctrina de los actos *ultra vires*. Sin embargo, la calidad jurídica de estos preceptos, no es del todo satisfactoria en este punto, ya que sólo se limitan a señalar que los Estados son responsables internacionalmente por los actos de sus autoridades o agentes, con independencia de la legalidad de los mismos y con tal de que hayan sido cometidos en el contexto del ejercicio del cargo. Sin embargo, no desarrollan de modo acotado el principio y en ciertas ocasiones los antecedentes de hecho parecen corresponder a una resolución violenta de altercados entre particulares, cuyo resultado termina siendo atribuido al Estado demandado¹⁷⁷.

¹⁷⁴ SASSÒLI, Marco. “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 846, 2002. Disponible en <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TECBX>>. [Consulta: 29 de julio de 2011]. Cfr. DE HOOGH, op. cit., p. 284.

¹⁷⁵ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 7, comentario n° 1.

¹⁷⁶ Vid. *infra* 2.1.1.2. del presente capítulo.

En cuanto a la aplicación de los actos *ultra vires* a los derechos humanos, MERON sostiene que puede ser justificada y fundamentada en el principio de eficacia. En la práctica, los Estados suelen alegar en su defensa la imposibilidad de la atribución de los actos ejecutados por funcionarios más allá de su competencia o de los márgenes legales establecidos a nivel interno. Entonces, no podría ser imputable una conducta situada fuera de la órbita de ejecución del Estado. En muchas ocasiones, se agrega que la sanción impuesta a nivel interno al funcionario infractor evitaría la imputabilidad. La aceptación de ese hilo argumentativo, en opinión del autor, desmembraría la eficacia de la regulación jurídica de la responsabilidad internacional y de los derechos humanos¹⁷⁸.

Ahora bien, en cuanto al ámbito específico de la desaparición forzada, el informe elaborado por ERMACORA en 1979 sobre la situación de los desaparecidos en Chile, supone la posibilidad de imputación al Estado, aun cuando éste no autorice expresa y directamente las desapariciones o tolere su práctica generalizada, sin reaccionar institucionalmente para aclarar la suerte y paradero de las víctimas y perseguir procesalmente a los responsables. Esto hace pensar a MERON, que entre líneas, el experto recurre a la teoría de los actos *ultra vires*¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Entre los precedentes de la Mexico/U.S.A. General Claims Commission, es posible citar el caso “«Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States»”, cit., pp. 110-117, párr. 16; “«William T. Way (U.S.A.) v. United Mexican States»”, decisión, 18 de octubre de 1928”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, pp. 391-401; “«Francisco Mallén (United Mexican States) v. United States of America»”, cit., pp. 173-190, aunque en estos dos últimos precedentes existe una confusión entre actos *ultra vires* e infracción de la diligencia debida, seguramente porque en la época de su emisión no existía un desarrollo adecuado de ambas instituciones. De la misma opinión BROWNLIE, op. cit., citando práctica adicional, pp. 146-147 y n. 70-71. Para ilustrar la teoría de los actos *ultra vires*, también se cita, a mi juicio erróneamente, el caso “«Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) vs. United Mexican States»”, decisión, 15 de Julio de 1927”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, pp. 265-268, párrs. 4 y 7, porque en este caso la atribución se fija por un acto de un órgano *de facto* y no por un acto *ultra vires*. Otros precedentes que suelen citarse son “«La Masica Case (Great Britain, Honduras)»”, 7 de diciembre de 1916”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, 2006, pp. 549-561; United States Court of Claims. “«Royal Holland Lloyd vs. The United States»”, 7 de diciembre de 1931”, en *Annual digest of public international law cases: being a selection from the decisions of international and national courts and tribunals. Years 1931 and 1932*, vol. VI, 1938, p. 443; Netherlands-Venezuelan Commission. “Maal case”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 2006, pp. 730-733. Por otra parte, el TEDH ha aplicado la teoría de los actos *ultra vires* en precedentes aislados, como en los caso fallado por el pleno *Ireland vs. the United Kingdom*, judgment, application n° 5310/71, 18 de enero de 1978, párr. 159 y en el caso fallado por la Grand Chamber (en adelante, GC) de dicho tribunal, *Ilaşcu and others vs. Moldova and Russia*, judgment, application n° 48787/99, 8 de julio de 2004, párr. 319.

¹⁷⁸ MERON, Theodor. “State Responsibility for Violations of Human Rights”, *American Society of International Law Proceedings of the Annual Meeting*, vol. 83, 1989, pp. 379.

Por otra parte, conforme al art. 1(1) CADH, desde el caso *Velásquez Rodríguez* la jurisprudencia de la CorteIDH ha aceptado que la atribución de un comportamiento al Estado se produce con independencia “*de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del Derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.*”

*El mencionado principio se adecúa perfectamente a la naturaleza de la Convención, que se viola en toda situación en la cual el poder público sea utilizado para lesionar los derechos humanos en ella reconocidos. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención”*¹⁸⁰.

La aplicación de este principio ha tenido una gran importancia para la resolución de los casos sobre desapariciones cometidas por paramilitares en Colombia con la colaboración del ejército regular del Estado. Uno de los argumentos utilizados por la defensa para intentar eludir la responsabilidad estribaba en la actuación *ultra vires* de los miembros del ejército, argumento rechazado por la CorteIDH¹⁸¹.

A su vez, el HRC en el caso *S. Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka* establece explícitamente la irrelevancia de los actos *ultra vires* para la configuración de la responsabilidad internacional del Estado. También en este caso la defensa utilizó como argumento que la desaparición en cuestión, si bien ejecutada por integrantes del ejército, se trataba de un acto ilegal, desconocido por los superiores jerárquicos de los ejecutores,

¹⁷⁹ Cfr. id., p. 375; AGONU, *Informe del Consejo Económico y Social*. Protección de los derechos humanos en Chile. 34º período de sesiones, A/54/583/Add.1 (21 noviembre 1979), párr. 172.

¹⁸⁰ Cfr. CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párrs. 170-171; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 178-179, en que se señala que las lesiones a los derechos humanos consagrados en la CADH cometidas por funcionarios públicos en su carácter oficial, aun contraviniendo el Derecho interno o excediéndose de su competencia, constituyen una infracción a la obligación de respetar los derechos establecida en el art. 1(1) de la CADH.

¹⁸¹ *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 108; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 111.

quienes no habían ordenado su realización. Afortunadamente, el HRC consideró intrascendente esta argumentación para los efectos de la atribución¹⁸².

1.3. El agente estatal directo en los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas.

En cuanto al aspecto convencional, si se pasa revista a los instrumentos internacionales más importantes sobre desapariciones, puede concluirse que todos ellos se refieren a los agentes estatales como categoría de sujetos activo, pese a la utilización de diferentes expresiones literales.

Así, la *DPPDF*, en su preámbulo, se refiere a los “*agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel*”, a diferencia del art. II de la *CIDFP* y el art. 2 de la *CIPPDF*, que hablan explícitamente de “*agentes estatales*”. Por su parte, el art. 7(2)(i) del *ER*, utiliza directamente la palabra “*Estado*”.

Por lo tanto, todos los instrumentos internacionales relevantes sobre la desaparición consideran al agente estatal como sujeto activo de la desaparición. Si bien no se remiten explícitamente a los sujetos que actúan *ultra vires*, creo que interpretando las disposiciones de modo sistemático, es posible incluir estos supuestos en el sentido de las mismas, ya que se remiten a sujetos estatales directos en un sentido suficientemente amplio para no excluir estos supuestos. Además, el problema del exceso de competencia o de extralimitación de funciones no quita el carácter de órgano estatal al sujeto.

Finalmente, debe destacarse que la *DPPDF* se remite a los agentes estatales “*de cualquier sector o nivel*”, dejando en claro que la atribución es procedente cualquiera sea la clase de órgano que incurre en el ilícito. Si bien el resto de los instrumentos no se expresan con la misma explicitud, es lógico sostener que se remiten a los sujetos estatales directos en términos amplios, ya que no realizan distinciones o clasificaciones. La práctica anteriormente citada confirma esta interpretación¹⁸³.

¹⁸² HRC, *S. Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, cit., párr. 7.4, 7.9 y 9.2.

¹⁸³ Vid. *supra* 1.1.2 del presente capítulo.

2. DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR AGENTE ESTATAL INDIRECTO.

2.1. Control, dirección, instrucciones e imputabilidad de la desaparición forzada.

Este acápite está dedicado a la figura clásica de agente estatal indirecto, esto es, la persona o grupo de personas que sin pertenecer a la estructura pública, actúa bajo la dirección, el control o las instrucciones de un Estado. Los actos ejecutados por esta clase de sujetos son imputables al Estado para los efectos de la responsabilidad internacional, tal como lo señala el art. 8 de *Proyecto de la CDI*, conforme al que “*Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de persona si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento*”.

Siendo coherentes con la metodología expositiva adoptada en este capítulo, se analizará el *control*, la *dirección* y las *instrucciones* como regla general de imputabilidad, para luego explicar su aplicación en materia de desapariciones forzadas.

2.1.1. Control, dirección e instrucciones como regla de imputabilidad.

Los sujetos a quienes se aplica esta regla son los denominados órganos *de facto*, esto es, una persona o grupo de personas naturales o, alternativamente, una entidad jurídica, que sin ser órganos del Estado actúan de hecho como tales. Justamente por esta última característica, asumen esa denominación y se contraponen a los órganos *de iure*, es decir, los que mantienen un vínculo formal con el aparato público, constituyéndose como órganos estatales.

Los ejemplos de órganos *de facto* que se proponen en el *Proyecto de la CDI* son los de “*personas o grupo de personas que, sin haber sido nombradas expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleados como auxiliares o enviados como «voluntarios» a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado*”¹⁸⁴.

La razón de ser del art. 8 es evitar que los Estados realicen hechos internacionales ilícitos e intenten eximirse de responsabilidad internacional

¹⁸⁴ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 2.

argumentando que se trata de comportamientos realizados por particulares que no son órganos oficiales del Estado o que no pueden calificarse como tales en base al Derecho interno.

La contrapartida del principio de unidad del Estado está conformada por el principio en cuya virtud el comportamiento de un particular no es atribuible al Estado, también denominado principio de no atribución de actos de agentes no estatales al Estado¹⁸⁵. La regla de imputación objeto de este epígrafe configura una excepción a ese principio, a través de dos supuestos diferentes; a saber:

1. El comportamiento de un particular que actúa bajo control del Estado.
2. El comportamiento de un particular que actúa por instrucciones o bajo la dirección del Estado.

En virtud del principio de efectividad, la procedencia de la imputabilidad en alguno de esos supuestos requiere la existencia de un vínculo de hecho entre el particular y el Estado¹⁸⁶. Por lo mismo, la acreditación de esa relación debe tomar en consideración las circunstancias fácticas que relacionan el comportamiento específico del particular con el Estado.

La norma emplea los términos *instrucciones*, *dirección* y *control* en sentido disyuntivo, de modo que su aplicación se activa ante todo supuesto de hecho que pueda subsumirse en cualquiera de las tres hipótesis normativas enunciadas¹⁸⁷. Sin embargo, ni la disposición en análisis, ni los *Comentarios del Proyecto de la CDI*, se preocupan de aclarar qué se entiende por cada una de estas nociones, qué requisitos normativos específicos se exigen para la configuración de cada una de ellas y cuál debe ser el contenido de la relación de hecho que debería mediar entre el Estado y la entidad en cada una de esas hipótesis. Los *Comentarios* solamente señalan que las instrucciones se

¹⁸⁵ Cfr. *Proyecto de la CDI*, capítulo II, comentarios n° 2 y 3; art. 4, comentarios n° 1 y 2 y art. 8, comentario n° 1. En doctrina, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo/CERVELL HORTAL, María José. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Curso general de Derecho Internacional Público (1995), 2ª edición. Madrid: Trotta, 2008, pp. 522-523; MARÍÑO, op. cit., p. 482.

¹⁸⁶ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 1.

¹⁸⁷ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 7.

refieren a personas, grupos o entidades que no pertenecen a la estructura del Estado, pero que éste ha contratado o instigado para complementar su actividad¹⁸⁸.

A mi juicio, una sistematización de todas las facetas de esta regla de imputabilidad es sumamente compleja. Además, no se puede perder de vista que la aplicación concreta de esta regla dependerá de las obligaciones internacionales primarias que se infrinjan y las circunstancias de cada caso. Sin embargo, creo posible dar algunas pautas para tratar de entender en qué consisten las *instrucciones*, *dirección* y *control*, a la luz de la práctica internacional, especialmente, de algunos pronunciamientos jurisdiccionales de tribunales internacionales. Para tal efecto, creo que una mejor sistematización de este asunto obliga a abordar en primer lugar el *control* y explicar a continuación la *dirección* y las *instrucciones*.

2.1.1.1. Control.

Los *Comentarios del Proyecto de la CDI* asumen como punto de partida que la atribución de un comportamiento de un órgano *de facto* es viable toda vez que el Estado haya ejercido un control sobre los agentes que ejecuten el comportamiento en cuestión. Sin embargo, no especifican qué grado de control debe detentarse para activar la aplicación del criterio¹⁸⁹.

En la práctica internacional el asunto del control no ha sido enfrentado con un criterio uniforme por los tribunales internacionales. Entre los precedentes más importantes sobre el tema, es obligatorio citar la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) sobre el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)*¹⁹⁰ y el fallo del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) sobre el caso *Tadić*¹⁹¹. Ambas resoluciones han sido objeto de explícita cita en los *Comentarios del Proyecto de la CDI*, siendo utilizados como referencias de base para el desarrollo analítico de este criterio de imputación.

¹⁸⁸ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 2.

¹⁸⁹ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 3.

¹⁹⁰ CIJ, *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, merits, judgment, 27 de junio de 1986.

¹⁹¹ TPIY, Appeal Chamber (en adelante, AC), *Tadić*, judgment, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

Se trata de pronunciamientos que han suscitado un interés doctrinario poco frecuente, entre otras razones, porque las soluciones que han brindado a propósito de la noción de control son opuestas, pese a la semejanza de los antecedentes de hecho que sirvieron de base a los pronunciamientos. Por esta misma razón, es indispensable hacer alusión a los hechos de estos precedentes jurisprudenciales y de otras resoluciones que serán citadas a lo largo de este acápite, porque de lo contrario se torna dificultosa la comprensión de las distintas controversias que se han esbozado sobre el punto. Por lo demás, la noción actual del control se ha desarrollado sobre la base de estas resoluciones, especialmente, la del caso *Tadić*, que se ha convertido en un verdadero *leading case* en la materia, siendo tomada como referente e incluso siendo citada de manera explícita en sentencias no sólo del TPIY, sino también de otros tribunales internacionales.

2.1.1.1.1. La sentencia *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* de la CIJ y el estándar de control efectivo.

En el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la CIJ debió resolver, entre otras cuestiones, la posibilidad de atribuir a Estados Unidos las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas por los *Contras* nicaragüenses¹⁹². Los *Contras* constituían un grupo paramilitar insurgente que se oponía al gobierno del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) que asumió el poder en Nicaragua desde la derogación de la dictadura de Anastasio Somoza en julio de 1979. Básicamente, realizaban actos de guerrilla para tratar de desestabilizar dicho gobierno.

Es necesario no confundir a los *Contras* con los *Unilaterally Controlled Latino Assets* (UCLAs), grupo paramilitar conformado por latinoamericanos de nacionalidad no identificada, directamente contratado por Estados Unidos para la ejecución de operaciones de cobertura (*cover operations*), que consistían en colocar minas en los puertos o hacer estallar instalaciones petroleras. La diferencia principal, al efecto del análisis jurídico, estriba en que estas unidades militares habían sido contratadas para la ejecución de operaciones específicas bajo instrucciones determinadas expedidas por la CIA estadounidense, de modo que la CIJ consideró responsable a los Estados Unidos

¹⁹² CIJ, *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua*, cit., párr. 113.

por tales actos¹⁹³. Se trata más de un supuesto de instrucciones que de un supuesto de control.

En cambio, respecto de los *Contras*, aunque detentaban cierto grado de independencia¹⁹⁴, para el Estado de Nicaragua se trataba de un grupo controlado por Estados Unidos y en base a esta tesis, solicitó a la CIJ que la totalidad de las violaciones al Derecho internacional humanitario y a los derechos humanos cometidas por los *Contras* fueran imputables a Estados Unidos¹⁹⁵.

La CIJ concluyó que Estados Unidos era responsable del financiamiento, organización, entrenamiento, suministro y equipamiento de los *Contras*. Sin embargo, no se pudo acreditar que también seleccionaba sus objetivos militares y planificaba la totalidad de sus operaciones. Por lo tanto, pese al elevado grado de vinculación existente entre el Estado y el grupo, la CIJ consideró que el primero no era responsable porque no podían atribuírsele los actos del segundo.

De acuerdo a la posición de este tribunal, para concluir lo contrario era indispensable probar un control efectivo de Estados Unidos sobre cada uno de los actos u operaciones llevadas a cabo por los *Contras*¹⁹⁶. Ni siquiera un control general hubiera sido suficiente para la atribución, porque para la CIJ no podía descartarse la posibilidad de que los *Contras* efectuaran operaciones fuera de la órbita de control de Estados Unidos. La única manera para atribuir los operativos militares al Estado era mediante la prueba específica de un control de Estados Unidos sobre cada una de las operaciones. Una situación general de dependencia y apoyo era insuficiente.

¹⁹³ Id., párrs. 75-86.

¹⁹⁴ Id., párr. 106.

¹⁹⁵ Id., párr. 114.

¹⁹⁶ Id., párrs. 115 y ss. Cabe hacer presente que en dicha sentencia, de acuerdo a los párrs. 228 y 292 n° 3 y 4, la Corte consideró responsable a Estados Unidos por violar los principios de Derecho internacional consuetudinario de no intervenir en asuntos de otro Estado y de prohibición de uso de la fuerza, “*training, arming, equipping, financing and supplying the contra forces or otherwise encouraging, supporting and aiding military and paramilitary activities in and against Nicaragua*” [entrenando, armando, equipando, financiando y abasteciendo los *Contras*, u alentando, sustentando y ayudando en las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua]. Sin embargo, la responsabilidad surge por la ejecución de esos actos, que constituyen actos propios del Estado y no actos de los *Contras* atribuibles al Estado.

2.1.1.1.2. La sentencia *Tadić* del TPIY y el estándar de control global.

En cuanto al caso *Tadić*, el punto de discusión que interesa al objeto de este análisis, estaba relacionado con la imputación de graves violaciones al Derecho internacional humanitario¹⁹⁷. Para la configuración de esas violaciones, era necesario que los hechos hubieran sido ejecutados en el marco de un conflicto armado internacional¹⁹⁸. Para acreditar la existencia de un conflicto de esa naturaleza, el TPIY debía determinar si los enfrentamientos bélicos ocurridos en territorio de Bosnia y Herzegovina entre el ejército de ese país y las fuerzas militares de la autoproclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina –luego denominada República Sprska–, tenían carácter internacional¹⁹⁹. En efecto, el enfrentamiento entre las fuerzas regulares del gobierno de un Estado Parte de los CG y fuerzas militares que actúen controladas por otro Estado aunque no sean regulares, constituye uno de los supuestos de conflicto armado internacional²⁰⁰. Para tal efecto, el TPIY debía resolver si las milicias de la mencionada República, actuaban como órgano *de facto* de la República Federal de Yugoslavia, es decir, si se trataba de fuerzas irregulares de la misma²⁰¹.

¹⁹⁷ Duško Tadić fue una autoridad política serbiobosnia a quien se le imputaron una serie de delitos por las atrocidades cometidas en la región de Prijedor, entre otros, las graves violaciones tipificadas en el art. 2 del Estatuto del TPIY, cit. De conformidad con esta norma, en términos generales, el TPIY puede perseguir personas que hayan cometido algunas de las graves violaciones de los Convenios de Ginebra (en adelante, CG) y tipificadas en el mismo art. 2. Vid. TPIY, *Tadić*, cit., párr. 88.

¹⁹⁸ Así se deduce de la lectura conjunta de los arts. 2, 4 y 147 del CGIV, cit.

¹⁹⁹ La res. 757(1992) del CS, del 30 de mayo de 1992, imponía una serie de sanciones a la República Federal de Yugoslavia fundadas en el incumplimiento de las exigencias establecidas en la anterior res. 752(1992) del mismo CS, del 15 de mayo de 1992. En esta última resolución se imponía el retiro inmediato de todas las fuerzas militares externas que estuvieran presentes en territorio de Bosnia y Herzegovina, con independencia de que fueran regulares o irregulares. Para evitar las sanciones, la República Federal de Yugoslavia realizó una supuesta restructuración del Ejército Popular Yugoslavo (JNA), dividiéndolo en el Ejército de la [República Federal de Yugoslavia](#) (VJ) y el [Ejército de la República Sprska](#) (VRS).

²⁰⁰ El conflicto armado de carácter internacional supone el recurso de la fuerza armada entre dos o más Estados. Incluye la hipótesis de ocupación del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado con independencia de que la ocupación encuentre o no resistencia armada. Otra hipótesis consiste en la intervención de un tercer Estado en un conflicto armado no internacional, lo que se denomina intervención directa, en contraposición a la intervención indirecta, que es el supuesto tratado por el caso en análisis. Vid. OLÁSULO, Héctor. “Ámbito de aplicación del Derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”, en VV.AA., *Legislación Antiterrorista y Estado de Derecho*, José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio (eds.). Madrid: Colex-Universidad de Castilla la Mancha, 2009, pp. 616 y 617.

²⁰¹ Contra, MERON, Theodor. “Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *The American Journal of International Law*, vol. 92, nº 2, abril 1998, pp. 237-239 y 240-241. En opinión de este autor, la metodología empleada en este caso para la imputación de las graves violaciones

Para el cumplimiento de ese cometido, en primer término, el tribunal *ad hoc* acudió a las normas del Derecho internacional humanitario²⁰², específicamente al art. 4 del *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (en adelante, *CGIII*), que regula las categorías de combatientes que pueden ser considerados prisioneros de guerra y quienes debe aplicarse el estatus de protección específico que le destina el Derecho humanitario²⁰³. Por ende, de un modo implícito, está señalando quiénes pueden ser considerados combatientes regulares²⁰⁴.

El número (1) de la letra (A) de dicha norma se refiere a “*los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas*”. No suscita problemas interpretativos, porque está considerando las fuerzas armadas regulares de un Estado en términos amplios, tal como viene confirmado por los *Comentarios a la CGIII*²⁰⁵.

En cambio, el número (2) de la letra (A) de dicha norma, se remite a los “*miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados*” cumplan una serie de requisitos establecidos en el mismo numeral. Esta norma, a diferencia de la anterior, ha suscitado muchas

al Derecho internacional humanitario no es correcta, porque la aplicación de esas violaciones puede realizarse acudiendo al Derecho humanitario consuetudinario, específicamente, a las leyes y costumbres de guerra. Estas normas permiten la aplicación de esa categoría de violaciones tanto a conflictos internacionales como a conflictos no internacionales.

²⁰² TPIY, *Tadić*, cit., párr. 90. Se trata de la aplicación de la *lex specialis*. El *Proyecto de la CDI* consagra esta regla en el art. 55. En mi opinión, el DIH, al configurar un régimen normativo completo en sí mismo, conduce a una aplicación de *lex specialis* en sentido fuerte, de acuerdo a lo señalado en el comentario n° 5 del art. referido del *Proyecto de la CDI*.

²⁰³ *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* (en adelante, *CGIII*), aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950.

²⁰⁴ TPIY, *Tadić*, cit., párrs. 92-93.

²⁰⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR), *Commentaries on the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*. [En línea], pp. 51-52. Disponibles en <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/375-590007?OpenDocument>>. [Consulta: 16 de abril de 2011].

dudas por su poca precisión, porque no explica el significado de la expresión “*perteneciente a una de las Partes en conflicto*”. Los *Comentarios* a la *CGIII* tampoco aclaran el punto específico, señalando brevemente que lo esencial es una relación *de facto* entre el Estado y las milicias o voluntarios²⁰⁶.

Pese a esta falta de claridad, lo cierto es que el Estado parte debe detentar un cierto control sobre esas milicias, generándose el problema interpretativo de identificar qué grado de control debe ejercer el Estado²⁰⁷. Respecto de este punto particular, el Derecho internacional humanitario no confiere ninguna solución normativa, siendo necesario acudir a los estándares y principios establecidos por el Derecho internacional público sobre responsabilidad internacional del Estado, específicamente, los que determinan cuándo una entidad actúa como órgano *de facto* de un Estado²⁰⁸.

Una posibilidad hubiera sido utilizar el mismo estándar del caso *Nicaragua*, pero el TPIY se aparta de esa solución, porque considera que incurre en errores fundamentales. La lógica de la sentencia de la CIJ no se condice con el sistema de responsabilidad internacional del Estado, porque las reglas de atribución de un comportamiento no se rigen por un único y rígido criterio. Para determinar qué grado de control debe ejercer el Estado hay que distinguir varios supuestos de hecho²⁰⁹.

A mi juicio, con el objeto de simplificar las argumentaciones del TPIY, puede diferenciarse el caso en que no interviene un grupo organizado y jerárquicamente estructurado (*organised and hierarchically structured group*) de los casos en que sí interviene.

²⁰⁶ Id., p. 57.

²⁰⁷ TPIY, *Tadić*, cit., párrs. 94-97.

²⁰⁸ Id., párr. 98 y 105. En la n. 117 de la sentencia, el TPIY explica que algunas normas del Derecho internacional humanitario establecen el principio general que responsabiliza los Estados por cualquier acto cometido por sus fuerzas armadas, siendo irrelevante que sus integrantes sean regulares o no. Tales normas son el art. 91 del *PICG*, cit. y el art. la *IV Convención de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*, cit., a las que ya se ha hecho mención *supra*, en el 1.2.1 de este capítulo. Sin embargo, estas normas, a juicio del TPIY, no detallan el grado de control que los Estados deben detentar sobre los individuos que no forman parte de sus fuerzas armadas regulares. En simples palabras, el Derecho internacional humanitario consagra el principio sin desarrollar su contenido. En efecto, para que el principio pueda ser aplicado, no sólo es necesario establecer que el Estado ejerce un control sobre algunos individuos particulares que actúan como órgano *de facto*, sino también fijar criterios objetivos que aclaren los requisitos o características que debe tener ese control.

²⁰⁹ TPIY, *Tadić*, cit., párrs. 116-117 y 137.

En cuanto al primer supuesto, se aplica el test del control efectivo. Volveré más adelante sobre este punto para detallar las categorías de individuos a los que se aplica²¹⁰. Sin embargo, en la sentencia *Tadić* interesaba la segunda hipótesis, porque el grupo en cuestión era de carácter militar y, por ende, altamente jerarquizado y estructurado. En esa hipótesis se aplica el estándar del control global o de conjunto (*overall control*)²¹¹.

Los elementos identificadores de un grupo organizado y jerárquicamente estructurado pueden variar según el caso, pero en general se caracterizan por su alto nivel de organización, por tener una cadena de mando con autoridades jerárquicas, por estar sujetos a ciertas reglas internas y por utilizar signos externos de autoridad²¹².

Para atribuir el comportamiento al Estado, el estándar de *overall control* no requiere que un órgano estatal imparta una instrucción específica dirigida al grupo, sino algo mucho más flexible²¹³. En el extremo opuesto, para demostrar que un Estado detenta un control global sobre un grupo se requiere algo más que una asistencia militar y económica²¹⁴. Lo esencial es que el Estado esté “*coordinating or helping in the general planning of its military activity*”²¹⁵. Así las cosas, si un Estado mantiene un control general sobre el grupo en los términos indicados, todo acto ejecutado por ese grupo podrá serle imputado.

Ahora bien, identificar qué tipo de actos constituye una coordinación o ayuda en la planificación general de las actividades, dependerá de cada caso concreto y no creo posible realizar enumeraciones taxativas, aunque sí puede intentarse una sistematización

²¹⁰ Vid *infra* 2.1.1.2. del presente capítulo.

²¹¹ TPIY, *Tadić*, cit., párr. 120.

²¹² Ibid.

²¹³ Id., párrs. 121-122.

²¹⁴ Id., párr. 130.

²¹⁵ Id., párr. 131: [coordinando o ayudando a la planificación general de sus actividades militares]. De acuerdo a la opinión dominante, en la regulación internacional del ataque armado, la mera asistencia o tolerancia de un Estado en relación con el comportamiento de un grupo que lleva a cabo acciones militares, no puede ser objeto de imputación. Por ejemplo, el financiamiento de una actividad militar no implica propiamente el uso de la fuerza, mientras que la organización o entrenamiento no implican propiamente el envío de un contingente armado. Vid. LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi. “Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell’ illecito internazionale”, en VV.AA., *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*. 4 vols. Milán: t. III, Giuffrè, 1987, pp. 156 y 161. En parte, la regulación del control global tiene algo en común con lo anterior, ya que el financiamiento o la organización de un grupo, no necesariamente implican la existencia de un control sobre el mismo, aunque sumados a otros factores, pueden constituir antecedentes importantes a la hora de valorar si existe o no un control general.

muy general en relación a los precedentes sobre el punto. BARTOLINI, tras analizar una serie de precedentes jurisprudenciales que identifican actos en base a los que considera que se cumple la exigencia de la planificación o ayuda en la planificación general de las actividades, ha concluido que entre los factores a considerar, deben destacarse:

1. Apoyo estatal de tipo técnico logístico al grupo.
2. Ayuda y entrenamiento militar al grupo brindados por el Estado.
3. Aquiescencia estatal respecto del desarrollo de ciertas operaciones realizadas por el grupo.
4. Similitud de finalidades entre el Estado controlador y el grupo²¹⁶.

De todas formas, al valorar estos factores debe evitarse desbordar el ámbito de aplicación del test de control global, exigiéndose la prueba de una relación fáctica entre el Estado y el grupo, que implique una conexión entre ambos en la coordinación y ayuda a la planificación general de las actividades²¹⁷.

2.1.1.1.3. Observaciones adicionales a la teoría del control global.

Tras el análisis del test de control global, es necesaria una referencia a algunas cuestiones que le son inherentes y que pueden ser determinantes a la hora de valorar su aplicabilidad a un caso en concreto. Me refiero a su ámbito de aplicación específico, al

²¹⁶ BARTOLINI, Giulio. “Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello stato”, en VV.AA., *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*. Problemi e spunti di riflessione. Marina Spinedi, Alessandra Gianelli y Maria Luisa Alaimo (coords.). Milano: Giuffrè, 2006, pp. 41-42. En *Tadić*, cit., párrs. 141-162, el TPIY identifica detalladamente qué factores materiales tomó en consideración para valorar el control. Tal como se ha dicho anteriormente, después de la resolución 757 del CS, cit., el antiguo Ejército Popular Yugoslavo (JNA) fue supuestamente modificado. Sin embargo, los elementos estructurales de tipo militar del VRS dependían de Belgrado y su organización era muy similar al antiguo Ejército Popular Yugoslavo (JNA). Lo que intentó la República Federal de Yugoslavia fue cumplir los mandatos del CS, pero manteniendo una presencia militar en territorio bosnio. En efecto, los objetivos militares del Ejército de la República Srpska (VRS), sus oficiales, suministros, financiamiento, pago de sueldos de los efectivos y un largo etcétera, dependían de la República Federal de Yugoslavia. Incluso, en los Acuerdos de Dayton, hubo una sola delegación, presidida por Slobodan Milošević, quien representó conjuntamente a la República federal de Yugoslavia y a la República Sprska. En uno de los puntos, Milošević promete cumplir con los acuerdos militares a nombre de la República Sprska, lo que demuestra no sólo la sumisión del Ejército de la República Srpska (VRS) a la República Federal de Yugoslavia, sino de toda la República Sprska. Vid. *The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, Dayton, 21 de noviembre de 1995, suscritos por la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia. Vid. especialmente, Anexo 1-A, sobre Aspectos Militares y Establecimiento de la Paz.

²¹⁷ Cfr. BARTOLINI. “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, *La Comunità internazionale*, vol. 56, n. 3 (2001), p. 466; TIPY, *Tadić*, cit., párr. 123.

paralelo sobre el ámbito de aplicación ente el art. 4 y 8 el *Proyecto de la CDI* y la *ratio juris* del test de control.

2.1.1.1.3.1. Ámbito de aplicación del estándar de control global.

En el caso *Nicaragua* se trata de fijar los parámetros de una eventual responsabilidad internacional del Estado, a diferencia del caso *Tadić*, cuyo objeto es la responsabilidad penal internacional²¹⁸. Por tanto, cabe preguntarse si es posible utilizar un mismo estándar de control global tanto para la responsabilidad internacional del Estado, como para la responsabilidad penal internacional.

Según la tesis del TPIY, no hay problema para aplicar el mismo estándar en ambas materias, pese a que persigan finalidades diferentes. Para los efectos de la responsabilidad internacional estatal, el estándar permite comprobar si los comportamientos ilícitos de privados que actúan como órganos *de facto* pueden ser atribuidos al Estado que los controla; en cambio, en cuanto a la responsabilidad penal internacional por graves violaciones al Derecho internacional humanitario, la aplicación del estándar permitirá valorar la existencia de un conflicto armado internacional²¹⁹.

Sin embargo, se ha defendido en diversas instancias la postura contraria. Los *Comentarios del Proyecto de la CDI* parecen considerar que la solución del TPIY sólo puede funcionar en materia de responsabilidad penal internacional, siendo imposible su transposición en materia de responsabilidad internacional estatal, aunque no acuden a ningún precedente de *praxis* internacional que justifique esta crítica u ofrezca otro criterio²²⁰. También es cierto que a renglón seguido, los *Comentarios* señalan que “*hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste*”²²¹, afirmación que si bien morigerara la crítica anterior, no establece ningún criterio certero que eche luz sobre el asunto.

En doctrina, MERON ha sido uno de los críticos más mordaces de la sentencia *Tadić*, especialmente, en lo que se refiere a este punto. Ha señalado que el test de la sentencia *Nicaragua* nada tiene que ver ni con la responsabilidad penal internacional ni

²¹⁸ TPIY, *Tadić*, cit., párr. 120.

²¹⁹ Id., párrs. 103-105.

²²⁰ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 5.

²²¹ Ibid.

con la calificación de un conflicto armado, ya que se trata de un test sobre la imputabilidad en materia de responsabilidad internacional de los Estados²²². En su opinión, la calificación de un conflicto armado debe regirse por las normas del Derecho internacional humanitario. Por ejemplo, si en un conflicto entre un grupo de oposición armada y un Estado, interviene un tercer Estado sin que el grupo de oposición armada pierda un ápice de su independencia, el conflicto se tornará internacional aun cuando el grupo de oposición no esté sujeto al control de ese tercer Estado. En otras palabras, basta que haya dos o más Estados involucrados para calificar la internacionalidad de un conflicto, más allá de la existencia de un control de uno de esos Estados sobre un grupo de oposición armada²²³.

Si bien la argumentación de este autor es acertada, no la creo suficiente para fundamentar una crítica contra el estándar del control global. Por una parte, el autor no se percató de que el problema estriba en los casos difíciles en que no puede determinarse con certeza la intervención de un Estado en un conflicto interno, justamente porque se disimula dicha intervención mediante el control que ejerce sobre el grupo de oposición. Por otra parte, el autor en comentario no se encarga de resolver uno de los problemas más enrevesados del caso *Tadić*, cual es, determinar el grado de control que debe existir entre el Estado y el grupo, más aun si se considera que en ese caso, el ejército de la República Federal de Yugoslavia realizó una supuesta retirada del territorio bosnio, siendo imprescindible, por lo tanto, determinar si continuaba ejerciendo un control sobre el Ejército de la República Srpska (VRS) y de qué manera lo hacía, asunto no regulado en detalle por el Derecho internacional humanitario.

2.1.1.1.3.2. Paralelo entre el ámbito de aplicación del art. 4 y del art. 8 del Proyecto de la CDI.

Ciertas opiniones doctrinarias han manifestado una crítica a la sistematización de las reglas de imputación del *Proyecto de la CDI*, en cuanto existiría un solapamiento entre los ámbitos de aplicación de los arts. 4 y 8.

²²² MERON. "Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout", cit., pp. 226-237 y 239.

²²³ Id., pp. 240-241.

La primera de estas normas fija dos reglas. En primer lugar, si una entidad o individuo tiene calidad de órgano en base al Derecho interno de un Estado, su conducta se atribuye a éste. En segundo lugar, si el Derecho interno no establece un criterio que permita calificarlo como tal, existen otros criterios en base a los que puede concluirse por su calidad orgánica²²⁴.

Ahora bien, autores como DE HOOGH o PALCHETTI creen que la calificación orgánica de una entidad que carece de todo vínculo formal o *de iure* con el Estado, puede fundamentarse en una relación fáctica entre ambos, sobre la base de lo dispuesto en el mismo art. 4 y en sus comentarios, de modo que el art. 8 no tendría ninguna utilidad práctica. Sin embargo, a la hora de delimitar el contenido de esta relación, estos autores no construyen una postura clara²²⁵.

No entraré en el fondo de esta discusión, porque excede el objetivo de este trabajo, aunque creo pertinente hacer un par de observaciones. Parece ser que el *Proyecto de la CDI* no es lo suficientemente sistemático y claro a la hora de regular la imputabilidad del comportamiento de los órganos *de facto*, ya que de lo contrario no habrían surgido estas diferencias interpretativas, por lo demás, lógica y coherentemente elaboradas por los autores citados.

Por otra parte, las posturas doctrinarias aludidas tratan de reflexionar sobre la estrategia de imputación que debe ser empleada a la hora de atribuir al Estado un acto de un órgano *de facto*. En opinión de tales autores, la imputación tiene que tomar como base el análisis de la relación de hecho que existe entre la entidad y el órgano, prestando especial consideración a la posibilidad de que, al menos fácticamente, el órgano haya sido creado por el Estado. Más allá de las buenas intenciones, optar por este criterio valorativo prescindiendo del criterio del control puede conducir a resultados disímiles. La cuestión no es baladí, porque la aplicación de un criterio u otro puede determinar en un sentido afirmativo o negativo la atribución del comportamiento. En efecto, los autores citados, al analizar la práctica internacional a que se hará alusión más adelante,

²²⁴ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 4, comentario n° 11.

²²⁵ Cfr. DE HOOGH, op. cit., pp. 265-267; PALCHETTI, Paolo. “Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati”, en VV.AA., *La codificazione della responsabilità internazionale degli stati alla prova dei fatti*, cit., pp. 6 y 11. También defiende la preeminencia de un análisis basado en cuestiones de hecho CARELLA, Gabriella. “Responsabilità internazionale”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 13, 1998, pp. 257-260.

utilizando una hermenéutica diferente, han alcanzado resultados diferentes a los convencionales.

2.1.1.1.3.3. *Ratio juris* del estándar de control global.

La *ratio juris* intrínseca al art. 8 del *Proyecto de la CDI* pretende responsabilizar a los Estados que, para enfrentar una determinada situación, acuden a individuos o grupos de individuos que, actuando como órganos *de facto*, terminan violando ciertas normas internacionales en la ejecución de sus tareas. De ese modo, “*States are not allowed on the one hand to act de facto through individuals and on the other to disassociate themselves from such conduct when these individuals breach international law*”²²⁶.

Desde la teleología de esta norma, la utilización del test de control efectivo en el caso *Nicaragua* ha sido criticada. Entre otros, ANNONI, ha señalado que “*La ragione principale per cui uno Stato si serve di simili gruppi [é] proprio quella di mascherare le proprie attività illecite: alle milizie irregolari vengono generalmente affidati compiti delicati, come quello di sedare le rivolte o di mettere a tacere gli oppositori politici, compiti che spesso vengono portati a termine con mezzi illeciti nell’ indifferenza delle autorità governative, le quali si nascondono dietro lo schermo dell’ inattribuibilità allo Stato degli atti di privati [...] É infatti difficilmente ipotizzabile che lo Stato, il quale utilizza i gruppi armati proprio al fine di celare le proprie responsabilità, si lasci poi sfuggire documenti o dichiarazioni dai quali desumere istruzioni o ordini precisi ai membri dei gruppi stessi*”²²⁷.

²²⁶ TPIY, *Tadić*, cit., párr. 117: [A los Estados no les está permitido, por un lado, actuar a través de individuos *de facto* y por otro lado disociarse de semejantes conductas cuando esos individuos violan el Derecho internacional]. Cfr con párrs. 93-94 y 112.

²²⁷ ANNONI, Alessandra. “La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 58, año 2005, fasc. 3, p. 676: [la razón principal por la que un Estado se sirve de semejantes grupos es, justamente, enmascarar sus propias actividades ilícitas: a las milicias irregulares, generalmente, se le confían tareas delicadas, como la de sedar los disturbios o acallar los opositores políticos, tareas que frecuentemente se llevan a cabo con medios ilícitos ante la indiferencia de las autoridades gubernativas, las que se esconden detrás de la pantalla de la no atribución al Estado de los actos de privados [...] En efecto, es difícil pensar en una hipótesis en que el Estado, que utiliza grupos armados para el fin de celar las propias responsabilidades, luego se deje escapar documentos o declaraciones de las que puedan inferirse instrucciones u órdenes relativas a los mismos miembros de los grupos].

Para BARTOLINI, el estándar de control global se condice con las características de los grupos a los que se aplica, esto es, grupos organizados y jerárquicamente estructurados que actúan en base a la voluntad del Estado que los controla²²⁸. CASSESE, por su parte, agrega que si un Estado participa en la planificación general de las actividades de un grupo jerárquicamente organizado, provee suministros y armamento, se preocupa de entrenarlo, lo abastece, lo financia y paga el sueldo a sus integrantes, parece difícil no dudar de la existencia de una estrecha relación entre ambos. Por ende, debe exigirse un test flexible, porque *“the nature of the state’s assistance and the characters of the group lead us to assume that any activity of the group is undertaken under the authority of the state”*²²⁹.

Según BARTOLINI, además, la exigencia de instrucciones específicas lleva aparejada como consecuencia una elevada dificultad probatoria. Los Estados, conscientes de dicha dificultad, suelen incentivarse para el uso de privados en la ejecución de hechos internacionales ilícitos²³⁰. El autor italiano agrega que la reconstrucción de la responsabilidad estatal se torna dificultosa ante la exigencia de un control efectivo, en cuanto se trata de hechos en que los órganos estatales no han tenido una participación directa, ni han desempeñado un verdadero papel de mando, sino que solamente han controlado de modo general o global, el grupo que desarrolla las operaciones. Asimismo, no es posible que los indicadores materiales o fácticos que se tienen en consideración para la concurrencia del control global, se fraccionen o subdividan en razón de cada operación específica emprendida por el grupo, porque se trata de una serie de cuestiones de hecho que se suceden en un período temporal continuado y que no pueden apreciarse sino desde una óptica general²³¹.

2.1.1.2. Dirección e instrucciones.

²²⁸ BARTOLINI. “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, cit., p. 464 y 472.

²²⁹ CASSESE, Antonio. “The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, n° 4, 2007, p. 661: [la naturaleza de la asistencia del Estado y las características del grupo, nos hacen suponer que cualquier actividad del grupo se emprende bajo la autoridad del Estado]

²³⁰ BARTOLINI. “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, cit., p. 439.

²³¹ BARTOLINI. “Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello stato”, cit., pp. 36-37.

El *Proyecto de la CDI* conceptualiza las instrucciones en términos muy amplios. Como ya se ha señalado, el TIPY ha intentado elaborar una sistematización, que en este trabajo ha sido parcialmente modificada, distinguiéndose dos supuestos generales. Ya se ha analizado el supuesto del grupo organizado y jerárquicamente estructurado, de modo que este epígrafe abordará el conjunto de casos en que los actos son ejecutados por otra clase de sujetos, respecto de los que se aplicará el test de control efectivo. El TPIY se refirió ampliamente a los supuestos de control efectivo, porque, al parecer, quiso dejar en claro las diferencias entre unos casos y otros, a la vista de las controversias existentes sobre los criterios de control aplicables a cada supuesto.

Para la sentencia *Tadić*, el control efectivo aglutina alternativamente tanto la expedición de una instrucción específica tendiente a la realización de una operación o tarea determinada, como la aceptación retroactiva realizada por el Estado, respecto del acto ejecutado por el sujeto²³².

En términos generales, la instrucción implica la emisión de una orden determinada por un agente Estatal, dirigida a una persona o grupo identificado, para la ejecución de una o más operaciones específicas. La aceptación retroactiva, en cambio, es un acto declarativo emitido por una autoridad estatal que implica la aceptación de un comportamiento cometido por una persona o grupo de particulares.

A mi modo de ver, la aceptación retroactiva no está incluida en el ámbito de aplicación del art. 8 del *Proyecto de la CDI*, porque se trata de una figura ajena a la finalidad de la norma. El art. 8, efectivamente, está volcado a regular la atribución de actos de órganos *de facto* que de alguna manera han tenido un contacto *ex ante* con el Estado. En mi opinión, la norma que regula la aceptación retroactiva sería el art. 11 del *Proyecto de la CDI*, conforme a la que “*El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconoce y adopte ese comportamiento como propio*”. Esta norma regula la atribución de comportamientos que en principio no son imputables, pero que se tornan tales en virtud del acto de reconocimiento y adopción del Estado realizado *ex post*²³³.

²³² TPIY, *Tadić*, cit., párr. 132.

²³³ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 11, comentario nº 1.

El mero apoyo o aprobación son insuficientes para tornar operativa esta última disposición. El elemento determinante, de conformidad con los *Comentarios del Proyecto CDI*, radica en la “*clara intención del Estado de aceptar la responsabilidad por un comportamiento que de otro modo no le sería atribuible*”, es decir, “*algo más que un reconocimiento general de una situación de hecho*”²³⁴. De ahí que el acto de reconocimiento, más de allá de que sea explícito o tácito, debe ser claro e inequívoco²³⁵.

Sin duda, el precedente jurisprudencial que ha abordado con mayor rigor la regla de la aceptación retroactiva, pese a ser anterior a la redacción actual del art. 11, es la sentencia de la CIJ sobre el *personal diplomático y consular en la Embajada de Estados Unidos en Teherán*²³⁶, relativa al asalto, ocupación y toma de rehenes en la embajada norteamericana de Teherán de parte de un grupo de estudiantes iraníes.

Para la resolución del asunto, la Corte distinguió claramente dos fases temporales. El hecho que separa ambas fases está constituido por una serie de declaraciones emitidas por las autoridades iraníes que, a juicio de la Corte, reconocen y adoptan como propias las acciones de los estudiantes. Por lo tanto, dichas acciones, desde su comienzo hasta la emisión de dichas declaraciones, configuran un comportamiento autónomo que no permite considerar al grupo como un órgano *de facto* que actúa a nombre de un Estado²³⁷. Sin embargo, la emisión de las declaraciones implica un acto de reconocimiento formal de las actuaciones de los estudiantes, que permite calificarlos como un órgano *de facto*, generando la responsabilidad del Estado²³⁸.

²³⁴ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 11, comentario n° 6.

²³⁵ *Id.*, comentarios n° 8 y 9.

²³⁶ CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America vs. Iran)*, judgment, 24 de mayo de 1980.

²³⁷ *Id.*, párrs. 58-60, aunque de acuerdo a los párrs. 60-68, Irán fue considerado responsable por no haber tomado las medidas necesarias para evitar o detener los hechos.

²³⁸ *Id.*, párrs. 70-74, especialmente este último, al afirmar que “*The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State. The militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible*” [La aprobación dada a los hechos por Ayatollah Khomeini y otros órganos del Estado iraní y la decisión de perpetuarlos, transforman la ocupación de la embajada y la detención de los rehenes en actos del Estado. Los combatientes, autores de la invasión y privación de libertad de los rehenes, se han convertido en agentes del Estado iraní, por cuyos actos el Estado en sí mismo es responsable].

Ahora bien, habiendo explicado en detalle la institución de la aceptación retroactiva y sus principales diferencias con el estándar de control efectivo, cabe señalar las hipótesis en que se aplica este último estándar, de acuerdo a lo desarrollado en la sentencia *Tadić*. Dichas hipótesis son las que siguen:

1. Individuo a quien el Estado encarga la realización de un acto ilícito en el territorio de otro Estado²³⁹.
2. Grupo no organizado de individuos a quienes el Estado encarga la comisión de actos internacionalmente ilícitos²⁴⁰.
3. Individuos o grupos de individuos privados que realiza una tarea específica de tipo lícito, pero que violan una obligación internacional del Estado en el cumplimiento de esta tarea²⁴¹.
4. Individuos asimilados a un órgano estatal²⁴².

Los casos que generan algunas dudas son los dos últimos.

En cuanto al supuesto del punto 3 y tal como se había anticipado, cabe la pregunta acerca de la aplicabilidad de la teoría de los actos *ultra vires* a personas o grupos que no son órganos del Estado, sino que solamente actúan como órganos *de facto*²⁴³.

Para KRESS, esa transposición es problemática. Entre otros argumentos, señala que la literalidad del art. 7 del *Proyecto de la CDI*, al referirse a órganos, constituye el corolario de la competencia orgánica. Por ende, los sujetos que pueden ejecutar actos *ultra vires* son órganos estatales que ejecutan un acto no autorizado, pero bajo la apariencia de órgano del Estado. Esa vinculación orgánica entre el Estado y el órgano *de iure* no rige respecto de los órganos *de facto*. Además, la teleología de los actos *ultra vires* es mantener una cierta seguridad en las relaciones internacionales en los casos en

²³⁹ TPIY, *Tadić*, cit., párr. 118.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Id., párr. 119.

²⁴² Id., párrs. 141-144.

²⁴³ Vid. supra 1.2.1. del presente capítulo.

que el Estado actúa al menos de manera aparente. Respecto de los órganos *de facto*, en cambio, el Estado pretende evitar una apariencia orgánica²⁴⁴.

Desde ya cabe señalar que esta postura aparece desmentida en el caso *Yeager*, porque el Iran-United States Claims Tribunal rechazó la alegación del Estado relativa a la ausencia de control sobre los Guardias Revolucionarios. Para el Tribunal, no se puede aceptar las actividades de un grupo y luego sostener la falta de responsabilidad²⁴⁵. Por otra parte, en doctrina, CASSESE y DE HOOGH han manifestado su rechazo a posiciones como la de KRESS. En opinión de estos autores, la regla del art. 7 puede ser aplicada *mutatis mutandis* al ámbito de aplicación del art. 8 si se considera su propósito, esto es, permitir la atribución de actos cuando el Estado acude a otras entidades en vez de actuar mediante sus órganos. Aunque la letra del art. 7 parece referirse sólo a órganos, plasma un principio general de Derecho internacional²⁴⁶.

A mi juicio, respecto de los grupos jerarquizados la cuestión se resolvería siempre y cuando se haga prevalecer la aplicación del control de conjunto en vez del control efectivo. Aplicando el primero de estos estándares, la necesidad de evaluar si los actos del grupo han sido ejecutados dentro de la órbita de las instrucciones o funciones asignadas por el Estado pasa a un segundo plano, porque la esencia del estándar tiene que ver con otro factor, esto es, un control general sobre las actividades de la entidad. Ese control es suficiente para sustentar la imputación y todo acto ejecutado por el grupo es susceptible de ser atribuido al Estado, con independencia de su comisión en una extralimitación funcional. De hecho, uno de los objetivos del control global es evitar evaluar actos de modo singular y eximir la prueba de cada operación específica. Por ende, pierde sentido discutir si en cada operación hubo o no extralimitación. Aunque la hubiera, el control general detentado por el Estado justifica *per se* la imputabilidad.

Con esto quiero decir que la teoría de los actos *ultra vires* no tiene ninguna razón de ser respecto de los casos en que se aplica el control global. Por lo demás, los actos no

²⁴⁴ KRESS, Claus “L’organe *de facto* en Droit international public. Reflexions sur l’imputation a l’etat de l’acte d’un particulier a la lumiere des developpements recents”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, pp. 135-136.

²⁴⁵ Iran-United States Claims Tribunal “«Yeager v. The Islamic Republic of Iran», case n° 10.199, 2 de noviembre de 1987”, en *International Law Reports*, vol. 82, 1990, párr. 45.

²⁴⁶ Cfr. DE HOOGH, op. cit. p. 283, CASSESE, op., cit., pp. 654-655.

autorizados requieren que las instrucciones o el ámbito competencial estén definidos con cierta exactitud, exigencias que no encajan en los requerimientos del *overall control*.

A esto cabe agregar, la posible aplicación del art. 3 del *Proyecto de la CDI*. En efecto, en la gran mayoría de los casos las instrucciones se regirán y habrán sido otorgadas por el Derecho interno del Estado, de modo que no podría alegarse que, conforme a ese Derecho interno, un comportamiento no puede serle atribuido porque los actos del particular se han ejecutado con una extralimitación del ámbito operativo de la instrucción o de modo derechamente ilícito.

Por el contrario, la aplicación del control efectivo exige evaluar cada una de las operaciones realizadas por la entidad. El mayor umbral del test, manifestado en la necesidad de una instrucción determinada dirigida a personas individualizadas y respecto de operaciones específicas, abre la puerta a la posibilidad de que el Estado pueda alegar en su defensa el hecho de que los actos se hayan ejecutado en extralimitación de las órdenes.

En los *Comentarios del Proyecto de la CDI*, no se comparte esta postura, en cuanto señalan que la aplicación del control efectivo permitiría reunir las condiciones necesarias para la imputabilidad aunque se haya hecho caso omiso de ciertas instrucciones²⁴⁷. Sin embargo, en mi opinión, el test de control efectivo no impide que se genere el problema al que me he referido, sino todo lo contrario, porque por sus características estructurales abren el campo al Estado para que pueda alegar en su defensa, la extralimitación de los sujetos en su actuar. Se trata de un estándar tan exigente y específico, cuanto vulnerable y frágil. Bastaría que el Estado expidiera instrucciones muy detalladas o que simplemente instruyera la prohibición de violar los derechos humanos o de realizar actos ilícitos internacionales, para burlar la imputabilidad.

Si se sostiene que el test aplicable en el caso de grupos jerárquicos es el control efectivo, se genera una laguna siempre y cuando se siga la postura de KRESS, porque no existe una norma que consagra una regla de imputación para casos de grupos

²⁴⁷ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 8, comentario n° 9; en el mismo sentido, DE HOOGH, op. cit., p. 282.

jerárquicos que actúen *ultra vires*. Sin embargo, la teoría de CASSESE o DE HOOGH, permitiría la imputación de los comportamientos de esos grupos por actos *ultra vires*.

En definitiva, si en la controversia entre control global y control efectivo, se hace prevalecer este último para casos de grupos jerárquicos, el umbral que debe satisfacerse para imputar un comportamiento *ultra vires* al Estado es mayor, porque no sólo deben acreditarse los requisitos de ese estándar de control –en sí mucho más exigentes que los del test del *overall control*– sino que además debe adoptarse una posición clara en el debate sobre la procedencia de la teoría de actos *ultra vires* en supuestos de actos de entidades que no son órganos del Estado. Por el contrario, el umbral es inferior, si como punto de partida se hace prevalecer el test del control global, porque para la imputabilidad basta acreditar la concurrencia de los requisitos de este estándar.

Por cierto, la tesis que acabo de desarrollar no puede regir respecto de sujetos que no constituyan grupos jerarquizados, a quienes no puede aplicarse el control global. Respecto de estos sujetos no queda otra alternativa que tomar una posición en la controversia sobre la aplicabilidad de los actos *ultra vires* a particulares.

A la luz de la jurisprudencia a que se ha hará referencia en el próximo apartado y que constituyen el conjunto de antecedentes prácticos de los que surgió la regla en análisis, creo que el *Proyecto de la CDI* tiene la falencia de haber dejado irresuelta una cuestión de tan elevada importancia y que desde principio de siglo, entidades arbitrales internacionales resolvieron sin ningún problema, atribuyendo al Estado actos no autorizados ejecutados por particulares que actuaban a su nombre.

En cuanto al supuesto del punto 4, no se trata de una categoría explícitamente regulada en el *Proyecto de la CDI*. El supuesto trata de un individuo que ejerce de hecho funciones propias de un órgano público, al que se ha afiliado de manera voluntaria pero no formal. La jurisprudencia que suele citarse como ejemplo se refiere a personas que actuaban como colaboradores de los nazis durante la segunda guerra mundial, por ejemplo, los presos judíos que se desempeñaban como *kapo* en los campos de concentración. En efecto, la teoría de la asimilación surge para resolver el problema de imputar crímenes de guerra a sujetos activos civiles. En definitiva, se trataba de

sujetos que, si bien desde un punto de vista formal no pertenecían al ejército regular, en los hechos se desempeñaban como tales²⁴⁸.

Para BARTOLINI la autonomía de este supuesto no resulta convincente y complica la sistematización de la teoría de los órganos *de facto*. Esta clase de supuesto puede ser encasillada en la hipótesis del punto dos, esto es, individuos a quién el Estado encomienda hechos ilícitos. Como matiz explicativo, se puede señalar que se trata de sujetos que desempeñan una actividad ilícita continuada en el tiempo, dentro de la estructura orgánica del Estado, sin pertenecer formalmente a ella²⁴⁹.

A modo de conclusión, cabe señalar que, en opinión de CASSESE, la aplicación de un test más exigente, como el del control efectivo, que implique la acreditación de instrucciones, directivas u órdenes, es coherente en la medida en que se aplique a sujetos cuyas características lo justifiquen, esto es, personas sin ningún vínculo con el andamiaje orgánico del Estado y sin una estructura propia de tipo jerárquico²⁵⁰.

2.1.2. La imputabilidad de las desapariciones forzadas cometidas por agente estatal indirecto que actúa por control, dirección o instrucciones del Estado.

Este acápite tiene por objeto revisar la práctica internacional que directa o indirectamente ha debido resolver el problema de imputar al Estado comportamientos de órganos *de facto*. El enfoque práctico es esencial para intentar trazar algunas conclusiones, sobre todo a propósito de la polémica sobre la aplicación del control efectivo o del control global, básicamente porque la plasmación normativa de los

²⁴⁸ Cfr. Para el caso de Joseph Kramer, polaco que se desempeñó como *kapo* en campos de concentración nazi de Bergen Belsen, vid. British Military Court. “«The Belsen Trail. Trial of Joseph Kramer and 44 Others». Luneburg, 17 de septiembre-17 noviembre 1945”, en *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationary Office, London, 1947, vol. II, pp. 109-110 y 152. En la sentencia *Tadić* se cita también un caso más reciente del TEDH, *Stocké vs. Federal Republic of Germany*, judgement, application n° 11755/85, 19 de marzo de 1991, relativo a un arresto llevado a cabo con la colaboración de un informante, aunque en el párr. 52 el TEDH concluyó que la colusión entre la autoridad y el informante no fue acreditada, de modo que no parece ser un precedente útil para ilustrar el punto en análisis.

²⁴⁹ BARTOLINI. “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, cit., pp. 460-461.

²⁵⁰ CASSESE. op. cit., pp. 659-661.

criterios de atribución en estos supuestos es sumamente reciente si se considera el *Proyecto de la CDI*. Además, la formulación de estos criterios es muy flexible y abierta, de modo que intentar construir reglas precisas y objetivas sólo en base el *Proyecto*, prescindiendo de la *praxis*, parece ser un ejercicio teórico destinado al fracaso. Finalmente, es en el *case law* dónde se testean los patrones normativos y se averigua su capacidad de adaptación a la realidad.

Más allá de la posición que se tenga sobre las soluciones de los diversos precedentes a los que se hará alusión, es innegable que configuran un conjunto de supuestos diversificados desde los que puede arrancar una reflexión sobre la aplicación de los estándares de atribución. No se pretende llegar a respuestas definitivas, porque la misma práctica lo desmentiría, atendida la carencia de similitud absoluta de las soluciones adoptadas, aunque se adoptará una toma de posición cuando se considere necesario.

2.1.2.1. Control.

El precedente de mayor antigüedad sobre la aplicación de un test de control, es el caso *Zafiro*, que se refiere a un episodio de la guerra hispano-británica de 1898, específicamente de un saqueo de un buque británico realizado por el equipaje de la nave *Zafiro*. Esta última era una embarcación privada cuya tripulación estaba compuesta por marineros de nacionalidad china pero a mando de la marina estadounidense, que utilizaba la nave en operaciones bélicas. El control ejercido por Estados Unidos sobre la nave permitió sustentar la atribución del saqueo, dando pie a responsabilidad internacional²⁵¹.

Otro antecedente que suele citarse como ejemplo de aplicación de la teoría del control es el caso *Stephens*, resuelto por la Mexico/U.S.A. General Claims Commission. Se trata de un confuso incidente que terminó con la muerte de un ciudadano norteamericano en un puesto de control, a mano de un integrante de las *defensas sociales* –milicias irregulares mexicanas– en el marco de las tensiones por la revolución

²⁵¹ “«D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case)», 30 de noviembre de 1925”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, 2006, pp. 160-165.

promovida por Adolfo de la Huerta. Se concluye que las milicias estaban actuando para (*acting for*) el Estado mexicano²⁵².

Otro conjunto de casos se refiere a las ilicitudes cometidas durante la evolución del contexto revolucionario en Irán en las postrimerías de la década del 70 del siglo pasado. Básicamente, se trata de actos cometidos contra estadounidenses por las “Guardias Revolucionarias” o “Komitehs revolucionarios” iraníes, tras la toma del poder de Ayatollah Khomeini en febrero de 1979. Se trata de un grupo que, si bien no formaba parte formal u oficialmente de la estructura de nuevo gobierno revolucionario, sí eran partidarios del mismo²⁵³. Los casos de mayor interés son aquellos cuyos hechos preceden el momento en que el Gobierno iraní reconoce *de iure* al grupo en cuestión, justamente porque hasta ese momento, sólo se trataba de un grupo *de facto*.

Para los efectos de atribuir los actos ese grupo al Estado, el Iran-United States Claims Tribunal consideró que estos grupos actuaban como fuerzas de seguridad a nivel local durante el período de tiempo que precedió el éxito de la revolución²⁵⁴. Esta función es típicamente pública o gubernamental, de modo que el Estado iraní no podía tolerar su ejercicio y, al mismo tiempo, eludir la responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por ellos, tal como se estableció en el caso *Yeager vs. Islamic Republic of Iran*. Además, el Tribunal no estimó indispensable la existencia de instrucciones específicas y le bastó un control general para considerar satisfecha la imputabilidad, aplicando para tales efectos un estándar probatorio muy flexible²⁵⁵.

²⁵² Mexico/U.S.A. General Claims Commission. “«Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) vs. United Mexican States”, cit., pp. 265-268, párrs. 4 y 7.

²⁵³ Iran-United States Claims Tribunal “«Yeager v. The Islamic Republic of Iran», case n° 10.199, 2 de noviembre de 1987”, cit., párrs.12-15, 18-22, 40 y 42. El caso se refiere a ciudadano norteamericanos detenido y expulsado de Irán por las Guardias Revolucionarias.

²⁵⁴ Id., párrs. 23, 39 y 61.

²⁵⁵ Id., párrs., 37-45, 61. Cfr. “«Leonard and Mavis Daley v. The Islamic Republic of Iran», case n° 10.514, 20 de abril de 1988” en *Iran-United States Claims Reports*, vol. 18, 1989, párrs. 17-21. En este caso las Guardias Revolucionarias procedieron a requisar un coche de propiedad de un ciudadano norteamericano. Para aplicar el test de control global bastó que las Guardias se identificaran como tales, que vistieran uniformes de tipo militar y que el hecho se ejecutara en las inmediaciones del cuartel de este grupo. Más allá del discutible estándar probatorio, lo cierto es que permite ilustrar la prevalencia del control global sobre el efectivo.

Otro grupo de precedentes guarda relación con el control detentado por Estado sobre un territorio extranjero y la relevancia de este control para los efectos de la imputabilidad. El TEDH ha manifestado explícitamente que un Estado no debe detentar un control detallado sobre las políticas y las acciones de una entidad territorial que se encuentra bajo su hegemonía para que los actos constitutivos de tales políticas y acciones le sean atribuidos, siendo suficiente el ejercicio de un control global. Así, la responsabilidad del un Estado puede surgir no solo por actos de tropas militares presentes en el territorio en cuestión, sino también por actos dimanantes de las entidades que pertenecen a la administración local del territorio subordinado, siempre que se logre establecer un vínculo de control entre el Estado controlador y el territorio o entidad controlada²⁵⁶.

En lo que se refiere al Derecho internacional humanitario y la cuestión de establecer vinculaciones entre un Estado beligerante y grupos militares irregulares, la sentencia *Tadić* se ha convertido en un verdadero *leading case*, por la influencia ejercida en la jurisprudencia posterior. El TPIY ha venido confirmando de manera sistemática el *overall control* en casos similares y ha desarrollado los elementos principales de este estándar, remitiéndose de manera explícita al caso *Tadić* y en muchas ocasiones apartándose con la misma explicitud del criterio de la CIJ²⁵⁷.

²⁵⁶ Esta opinión ha sido manifestada en sentencias relativas a la situación de la República Turca del Norte de Chipre, ubicada en el tercio norte de la isla de Chipre y controlada por Turquía. Para los efectos de la atribución, el Tribunal no entró a considerar ni la legalidad internacional de la intervención militar que permitió a Turquía controlar dicho territorio, ni el hecho de que la comunidad internacional no haya reconocido como Estado a la República Turca del Norte de Chipre. Cfr. TEDH, GC, *Loizidou vs. Turquía*, judgment, application n° 1996/3, 18 diciembre 1996, párr. 56; TEDH, GC, *Cyprus vs. Turkey*, judgment, application n° 25781/94, 10 de mayo de 2001, párr. 74-77. En otra sentencia, el TEDH, GC, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, cit., párrs. 124-136, 148-161 y 392-393, trata la cuestión de manera mucho más detallada, ya que se preocupó de declarar la responsabilidad de Rusia por actos cometidos por autoridades de la República Moldava Pridnestroviana, en base al entramado de vínculos que acreditaban el apoyo brindado por el Grupo Operativo de las Fuerzas Rusas en Moldavia, perteneciente al ejército ruso.

²⁵⁷ En los casos que se indican a continuación, la AC del TPIY utilizó el test de control de conjunto para demostrar el control detentado por Croacia, tanto sobre la entidad territorial de la Comunidad Croata de Herzeg-Bosnia (HZHB), como sobre su ejército, el denominado Consejo Croata de Defensa (HVO): *Aleksovski*, judgment, IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, párrs. 125 y 129-145; *Blaškić*, judgment, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párrs. 167-182; *Kordić and Čerkez*, judgment, IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, párrs. 299-313 y 318, siendo de especial relevancia la argumentación tendiente a demostrar la coherencia del test con el principio de legalidad, en los párrs. 299-305 y 309-313. En cuanto a la sentencia *Čelebići camp*, judgment, IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, párrs. 12-30 y 34-51, si bien la AC del TPIY adoptó el mismo razonamiento de la sentencia *Tadić* para la calificar la internacionalidad del conflicto, esta vez se trataba de crímenes cometidos por fuerzas bosnio musulmanas y bosnio-croatas contra prisioneros serbios en el campo de concentración que llevaba el mismo nombre de la resolución.

Siempre en relación al Derecho internacional humanitario, hay una serie de sentencias de tribunales italianos que han intentado determinar si los crímenes de guerra cometidos por algunos grupos de resistencia durante la segunda guerra mundial podían ser atribuidos al Estado italiano. Al respecto, GAETA, señala que la aplicación de los estándares de control para órganos *de facto* empleada por tales tribunales, siguió un enfoque similar al de la sentencia *Tadić*, aunque con argumentos menos sofisticados²⁵⁸.

El test de control también ha sido utilizado en supuestos de violaciones de garantías de las garantías de los detenidos. Existe un caso sobre la vulneración de las garantías básica de algunos detenidos en el centro de detención de Al-Khiam, a mano del Ejército Meridional del Líbano (EML), controlado por las Fuerzas de Defensa de Israel (FDI). El informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria que estudió el caso, utiliza criterios de imputación relacionados con el control para defender la tesis de la responsabilidad internacional del Estado israelí²⁵⁹.

Uno de los ámbitos en que más ha prosperado la implantación del estándar de control es el del paramilitarismo. Podría decirse que se trata del supuesto tipo, justamente porque tales grupos, generalmente, cumplen con los requisitos de estructura y jerarquía exigidos por el estándar. Pese a tener una cierta autonomía, se trata de unidades militares que funcionan como punta de lanza de un Estado que selecciona sus objetivos militares, presta apoyo financiero y logístico y controla de modo general, la

De todas maneras, el planteamiento es correcto si no se pierde de vista que el test en análisis se utilizó para determinar si el conflicto armado era o no internacional. En otro ámbito, cabe señalar que en los párrs. 20-24, la sentencia tomó explícita distancia del criterio aplicado por la CIJ aplicado en la sentencia *Nicaragua*.

²⁵⁸ GAETA, Paola “War crimes trials before italian criminal courts: new trends”, en VV.AA., *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Horst Fischer, Claus Kress y Sascha Rolf Lüder (eds). Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), 2004, pp. 757-758.

²⁵⁹ Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria. “Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*. 66º período de sesiones. E/CN.4/2000/4 (28 de diciembre de 1999), párr. 18. Para los detalles fácticos y jurídicos de las violaciones, vid. Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria. “Opiniones emitidas por el grupo de trabajo sobre la detención arbitraria”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*. 55º período de sesiones. E/CN.4/1999/63/Add.1 (9 de noviembre de 1998), opinión 9/1998 (Israel), pp. 32 y ss.

coordinación y planificación de las actividades. Los ejemplos son abundantes, pero sólo se hará remisión de algunos precedentes representativos.

Así, en la situación de Timor Oriental, el ejército de Indonesia se valió de este tipo de organizaciones no sólo para perseguir objetivos militares, sino también para la comisión de atroces violaciones a los derechos humanos. Si se pasa revista a los precedentes ligados a este contexto, especialmente las resoluciones del *Special Panel for Serious Crimes* de la *Dili District Court*, es notoria la aplicación del estándar del control global para trazar los vínculos entre tales milicias y el Estado indonesio²⁶⁰.

Por su lado, el *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur* del CS, se remite expresamente a la sentencia de apelación del caso *Tadić* y aplica la mencionada teoría a la vista de las relaciones existentes entre el grupo paramilitar Yanyauid y el gobierno sudanés. En el informe se concluye por la responsabilidad internacional de este último por las violaciones a los derechos humanos cometidas por las referidas milicias, que comprendían, entre otras, desapariciones²⁶¹.

Ahora bien, en el ámbito de la desaparición forzada de personas, cabe destacar la importancia indiscutible de las estructuras de atribución de comportamiento en el contexto de actores privados instruidos, dirigidos o controlados por un Estado. Aunque la mayor parte de los precedentes anteriormente citados bastaría para una referencia analógica que justificare la atribución en supuestos de desapariciones cometidas por órganos *de facto*, cabe señalar que existen precedentes específicos que tratan el tema del control en materia de desapariciones.

Uno de los fenómenos que se tuvo en mente para la redacción del art. 8 del *Proyecto de la CDI*, fue el de las desapariciones forzadas del contexto latinoamericano, “*which presented particularly difficult evidentiary problems and where evidence of actual instructions would naturally be difficult or impossible to obtain. Attention was*

²⁶⁰ Cfr. AGONU, *Informe de la misión conjunta a Timor Oriental*, 54º período de sesiones, nota del Secretario General, A/54/660 (10 de diciembre de 1999), párrs. 59-65; Dili District Court. Special Panel for Serious Crimes. Trial Chamber (en adelante, TC). *Joni Marques et. al.*, judgment, 9/2000, 11 de diciembre de 2001, párr. 680-685 y *Wiranto et. al.*, indictment, 5/2003, 24 de febrero de 2003, párr. 32-35.

²⁶¹ CS, *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad*, 18 de septiembre de 2004, S/2005/60 (7 de febrero de 2005), párr. 123 y 125. La sección dedicada a las desapariciones abarca desde los párrs. 395-413.

*drawn to situations in which States facilitated or encouraged individuals or groups to commit unlawful conduct without giving formal explicit instructions, or even exercising direct control*²⁶².

Los precedentes prácticos que demuestran la aplicación del control global en materia de desaparición forzada son proficuos. Así, el TEDH ha aplicado la teoría del control global en la sentencia *Cyprus vs. Turkey*, aunque con un criterio general relacionado con el control del territorio. En efecto, el Tribunal tuvo por acreditado el control global del Estado turco sobre el territorio de la República Turca del Norte de Chipre y en base a ese antecedente, concluyó que la responsabilidad del primero “*cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in northern Cyprus but must also be engaged by virtue of the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support*”²⁶³. En este caso, entre otras cuestiones, el Estado de Chipre reclamó que habiendo transcurrido 27 años desde la intervención militar turca en el norte de Chipre, aun no se ha esclarecido el destino de 1.491 griego-chipriotas detenidos por las autoridades militares turcas y paramilitares turco-chipriotas, ambas bajo la autoridad de Turquía.

Por su parte la CorteIDH ha emitido una serie de sentencias, la mayoría de ellas recaídas en casos sobre desapariciones forzadas, en las que se imputan al Estado actos cometidos por grupos paramilitares o de autodefensa. Este conjunto de casos merece un estudio más detenido y analítico, porque a mi juicio, este Tribunal utiliza estructuras de imputación ajenas a las que se han explicado en este capítulo, pese a la similitud de los supuestos de hecho.

En términos generales, la CorteIDH ha manifestado expresamente que el sistema de derechos humanos regional interamericano posee sus propias estructuras de

²⁶² CDI. “Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April-12 June and 27 July-14 August 1998”, A/53/10, en CDI, *Yearbook of the International Law Commission*. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fiftieth session, 1998, vol. II, part two, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2), párr. 394: [que presentaban problemas probatorios especialmente difíciles y donde la evidencia de instrucciones precisas podría estar naturalmente dificultada o ser imposible de obtener. Se llamó la atención respecto de situaciones en que los Estados facilitaban o inducían los individuos o grupos a la comisión de conductas ilícitas sin dar instrucciones formales explícitas o, incluso, sin ejercer un control directo].

²⁶³ TEDH, *Cyprus vs. Turkey*, cit., párr. 77: [no puede reducirse sólo a los actos de sus propios soldados o funcionarios en el norte de Chipre, sino también ser vinculada en virtud de los actos de la administración local que se sustenta gracias al apoyo militar y de otra índole de Turquía].

imputación de responsabilidad internacional del Estado contenidos en la CADH, específicamente, en los art. 1 y 2, que contemplan las obligaciones generales de respeto y garantía²⁶⁴. Las argumentaciones de la Corte defienden la tesis de acuerdo a la que la Convención configura una *lex specialis* en materia de responsabilidad internacional, de modo que las normas internacionales sobre la materia, ocupan un lugar secundario en la selección de las herramientas interpretativas. Incluso, parece ser que la Corte pretende sostener el carácter de sistema autónomo de la CADH, esto es, un sentido fuerte de *lex specialis*²⁶⁵.

Los casos en que la Corte se enfrentó al problema de imputar actos de particulares al Estado tienen que ver con violaciones de derechos humanos perpetradas por paramilitares. A la hora de atribuir actos de esos agentes estatales indirectos, la CorteIDH, si bien es contundente en el resultado, no lo es tanto en el procedimiento empleado para conseguirlo. Con esto se quiere decir que no dudó en imputar las violaciones al Estado, básicamente porque a la luz de los hechos, en la gran mayoría de los procesos se logró acreditar más allá de toda legítima duda, la vinculación entre el grupo paramilitar y el Estado²⁶⁶. Sin embargo, a mi juicio, hasta la fecha no ha logrado construir un criterio claro de imputación.

En efecto, según la CorteIDH, todo acto violatorio de derechos humanos ejecutado con el apoyo, aquiescencia o tolerancia del Estado, le es atribuible para los efectos de la responsabilidad internacional²⁶⁷. Asimismo, la CorteIDH sostiene que la CADH contiene obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona²⁶⁸. De acuerdo a la tesis de la Corte, esas obligaciones generan un efecto horizontal y otro vertical. La consecuencia del primero

²⁶⁴ Cfr. los siguientes casos de la CorteIDH: *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 107-110; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 111; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 67.

²⁶⁵ CorteIDH. *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párrs. 104 y 107.

²⁶⁶ Id., párr. 116.

²⁶⁷ Cfr. CorteIDH. *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, n° 192, párr. 77; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 110; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 168; *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, n° 109, párr. 141; *Blake vs Guatemala*, cit., párr. 78.

²⁶⁸ Cfr. CorteIDH. *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 111. CorteIDH. *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párrs. 111 y 113; CorteIDH. *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, cit., párr. 67.

es obligar al Estado con respecto a los particulares, mientras que la del segundo es obligar al Estado con respecto a las violaciones de derechos humanos que se realizan entre particulares.

Sin embargo, la Corte tiene claro que no toda violación de derechos humanos ejecutada por un particular puede generar la responsabilidad del Estado. Para cerrar el círculo, la Corte acude a la doctrina del riesgo previsible e inevitable. El precedente en que mejor se explica la aplicación de esta teoría es el caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, ya que las pruebas rendidas en el proceso no permitieron acreditar la conexión entre los paramilitares y los agentes estatales. Lo único que se pudo probar es que el camino que conectaba Pueblo Bello con la finca a la que fueron llevados los detenidos, estaba bajo la vigilancia de un retén militar y de hecho, el paso del convoy que transportaba a las víctimas se produjo en un horario en que el tránsito debería haber estado cerrado. Pero más allá de ese antecedente, no era posible acreditar una actividad de colaboración de los agentes estatales, de modo que la Corte debía utilizar otra estrategia argumentativa para consolidar la atribución de los comportamientos de los paramilitares al Estado.

Para el cumplimiento de ese cometido, utilizó la doctrina del riesgo previsible e inmediato, cuyos antecedentes más próximos pueden ser hallados en sentencias del TEDH²⁶⁹. En base a esta teoría, el Estado debe adoptar una serie de medidas de prevención y de protección cuando existe un riesgo actual e inmediato de una vulneración de derechos humanos, siempre que las autoridades estatales sabían o debían haber sabido de ese riesgo. Así, la imputabilidad sólo puede ser evitada si el Estado adopta medidas razonables que prevengan las violaciones y que protejan a las víctimas potenciales. La Corte deduce ese conocimiento de cuestiones fácticas objetivas. Básicamente, la dictación de normas específicas y la presencia de militares destinada a restablecer el orden público en esa zona geográfica, sirven de base para deducir el conocimiento estatal del riesgo. Sin embargo, tales medidas no fueron suficientes para

²⁶⁹ Cfr. Las siguientes sentencias del TEDH: *Akkoç vs. Turkey*, judgment, applications n° 22947/93 y 22948/93, 10 de octubre de 2000, párr. 78; *Kiliç vs. Turkey*, judgment, application n° 22492/93, 28 de marzo de 2000, párrs. 62-63; *Osman vs. The United Kingdom*, judgment, 87/1997/871/1083, 28 de octubre de 1998, párrs. 115-116.

evitar las fatídicas consecuencias y esa falta de debida y razonable prevención y protección justifica la responsabilidad²⁷⁰.

Mediante la utilización de todos estos criterios, la imputación es sostenible aun cuando no se haya podido acreditar la participación directa de agentes estatales en la ejecución de las violaciones²⁷¹.

Sin duda, esta última conclusión es uno de los puntos positivos más rescatables de la posición de la Corte, porque mediante ella descarta el test de control efectivo. Sin embargo, hay puntos críticos en la estructura de la argumentación utilizada.

La CADH intenta defender la autonomía del sistema interamericano del sistema de protección de los derechos humanos y la fuerza de la CADH en el otorgamiento de soluciones interpretativas. Esta defensa aleja la Corte de la utilización de herramientas interpretativas generales de Derecho internacional. Me parece una postura muy válida, porque se centra en la protección de los derechos humanos y en el descarte de soluciones generales que provengan de nociones de Derecho internacional muy estatocéntricas, que eventualmente atenten contra los principios jurisprudenciales protectores de los derechos humanos que este tribunal ha venido elaborando hace décadas. Sin embargo, en asuntos tan técnicos como las reglas de atribución, creo que los principios, normas y precedentes internacionales podrían coadyuvar en la búsqueda de criterios normativos más claros y contundentes en su lógica.

En efecto, en las sentencias de la CorteIDH la atribución se construye en base a una mezcla de obligaciones activas y omisivas y en base a las nociones algo vagas de apoyo o aquiescencia. El recurso al concepto de obligaciones *erga omnes* es útil, pero no logra explicar de modo acabado qué grado de conexión debe existir entre el Estado y el grupo de particulares, ni las condiciones o cualidades que deben revestir los hechos para satisfacer esa exigencia normativa de conexión.

Finalmente, la teoría del riesgo, parece ser un estándar más vinculado con la diligencia debida que con la teoría del control. Como se verá más adelante, se trata de

²⁷⁰ CorteIDH. *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. cit., párrs. 123-126, 138-140; CorteIDH. *Masacre de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, n° 148, párr. 134.

²⁷¹ CorteIDH. *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, cit., párr. 120.

un estándar que podría tener alguna utilidad para casos de responsabilidad internacional del Estado por agentes no estatales²⁷².

Ante todas estas dificultades, creo que el recurso al criterio del control global podría depurar la argumentación de la imputación. No veo mayores problemas para insertarlo en la estructura normativa de la CADH y no vislumbro incompatibilidades con las obligaciones generales de protección y garantía.

2.1.2.2. Dirección e instrucciones.

Uno de los primeros antecedentes que aplica el criterio de las instrucciones es el caso sobre las explosiones en *Black Tom y Kingsland*. Se trataba de sabotajes realizados por alemanes en Estados Unidos durante el transcurso de la Primera Guerra Mundial. Si bien en un primer momento se consideró que las pruebas eran insuficientes, en 1939 el Estado alemán fue declarado responsable. Uno de los argumentos que se tuvo en consideración, fue el hecho de que los saboteadores actuaron instruidos por autoridades estatales alemanas²⁷³.

Un conjunto importante de precedentes que suelen citarse como antecedentes históricos de la regla de atribución en base a instrucciones tienen que ver con casos de secuestros internacionales de persona. En general se trata de un secuestro que se realiza en territorio de un Estado determinado por orden de las autoridades de otro Estado, que expide instrucciones a uno o más particulares para detener al individuo y llevarlo al territorio nacional con el fin de someterlo a proceso. Toda la operación, obviamente, se realiza sin el consentimiento del Estado en cuyo territorio residía el secuestrado y sin prestar mínima atención a eventuales tratados internacionales que existan entre ambos Estados, por ejemplo, en materia de extradición²⁷⁴.

²⁷² Vid. *infra* 2.2.3. del capítulo III.

²⁷³ “«Leigh Valley R.R. CO and Agency of Canadian Car and Foundry Co., Ltd., and various underwriters vs. Germany. Sabotage case known as the Black Tom case and the Kingsland case». Docket n° 8103, 8117, et. al., 10 de agosto de 1992”, en *American Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, enero 1931, pp. 147-168.

²⁷⁴ Una reseña de casos de esta naturaleza puede ser consultada en el tercer informe presentado por el Relator Especial AGO a la CDI, *Third report on State responsibility*. The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. A/CN.4/246 and Add.1-3, 5 de marzo, 7 de abril, 28 de abril y 18 de mayo de 1971, en *Yearbook of International Law Commission*, 1971, vol. II, part one, pp. 264-266. Vid. también DE SCHUTTER, Bartholomé. “Competence of the national judiciary power in case the accused has been unlawfully brought within the national frontiers”, *Revue belge de Droit*

Pese a las diferencias entre el secuestro y la desaparición, el supuesto que se acaba de enunciar puede servir a modo de analogía para intentar argumentar la aplicabilidad de las instrucciones a las desapariciones. Sin embargo, la práctica no se ha extinguido y hasta hace unos pocos años atrás fue masiva y sistemáticamente utilizada por Estados Unidos en la denominada *War on terror*.

Más que un secuestro internacional se trata de una entrega extraordinaria que involucra la vulneración de todo un abanico de derechos fundamentales. Es una práctica más compleja y desinstitucionalizada que la anterior, porque, por una parte, hay más de dos Estados involucrados y, por otra, se incorporan más violaciones de derechos fundamentales, ya que la detención se realiza al margen de cualquier tipo de garantía procesal, se oculta el destino y paradero del detenido, se le somete a tortura y, eventualmente, se ejecuta y se hacen desaparecer sus restos mortales.

Básicamente, se trata de un secuestro realizado en un Estado determinado por orden de otro, a objeto de llevar la persona privada de libertad al territorio de un tercer Estado en el que las autoridades suelen tolerar la tortura, a efectos de someter al detenido a prácticas de interrogación, para luego hacerlo desaparecer. Obviamente, respecto de cada caso particular los hechos pueden ser más o menos complejos, pero en general la descrita es la estructura básica de la práctica. Ahora bien, no en todos los casos los detenidos han desaparecido, ya que algunos de ellos han sido puestos en libertad u otros se han convertido en “*ghost prisoners*”, es decir, prisioneros que se

International, vol. I, 1965, pp. 88-124. Para dar algunos ejemplos de estos casos, se destacan el de *Cesare Rossi*, italiano secuestrado en Suiza por particulares que actuaron previo acuerdo con la policía italiana. La disputa se consideró resuelta *de facto* tras un intercambio de notas diplomáticas entre Italia y Suiza. Para el detalle de esas notas, vid. ROUSSEAU, Charles. "L'aménagement de compétences en droit international", *Revue generate de droit international public*, t. IV, 1930, p. 445, n. 71. Otro caso es el de *Antoine Argoud*, miembro de la organización terrorista Organización Ejército Secreto (OAS), secuestrado en Munich y encontrado por la policía francesa en el centro de la ciudad dentro de una van tras una llamada anónima. Vid. RONZITTI, Natalino. "La cattura di un individuo all'estero: in margine al caso Argoud", *Rivista di diritto internazionale*, vol. XLVIII, fasc. 1, 1965, pp. 64 y ss. El caso más célebre es el de *Adolf Eichmann*, uno de los principales responsables del holocausto, secuestrado por un grupo de particulares en Buenos Aires y luego llevado a Israel para su juzgamiento. La atención que ha suscitado en la doctrina es impresionante. Sólo a modo de ejemplo vid. la reciente publicación de LIPSDAT, Deborah, *The Eichmann trial*. Nueva York: Nextbook Press/Schocken, 2011 y la imprescindible obra de ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*. Trad. de Carlos Ribalta. Barcelona: Lumen, 1999. Un registro audiovisual completo del juicio, ha sido elaborado por Leo HURWITZ y puede ser consultado en Youtube gracias a una iniciativa del Yad Vashem Museum. Disponible en <<http://www.youtube.com/EichmannTrialEN>>. [Consulta: 14 de abril de 2011].

mantienen privados de libertad en cárceles o centros de detención sin algún registro oficial y por un período indeterminado de tiempo²⁷⁵.

Los objetivos de la entrega extraordinaria son principalmente dos. En primer lugar, se trata de evitar el procesamiento de los sospechosos de terrorismo en tribunales estadounidenses, en el que se respetarían las garantías del debido proceso con el riesgo de divulgación de información que la CIA quiere poseer a título exclusivo. En segundo lugar, se intenta obtener información que supuestamente no podría ser recabada con métodos distintos a la tortura. Todo lo anterior viene recubierto con un manto de impunidad, ya que se intenta evitar la responsabilidad internacional llevando a la víctima a un Estado extranjero que no está muy interesado en ser considerado violador de derechos humanos y en algunos casos, utilizando personal que generalmente no pertenece a la estructura orgánica del Estado, pero que sí recibe precisas instrucciones de las mismas. Incluso se trata de evitar responsabilidades a nivel de Derecho interno, en cuanto el hecho se comete fuera del territorio jurisdiccional del Estado²⁷⁶.

En opinión de BUTTON esta práctica puede ser atribuida al Estado porque es realizada por un órgano estatal, esto es, la *Special Removal Unit* de la CIA estadounidense. Agrega que la imputabilidad es procedente aun si la actividad de dicha unidad se realizare *ultra vires*, ya que así lo dispone el art. 7 del *Proyecto de la CDI*. De acuerdo a este razonamiento, BUTTON parece creer que se trata de una práctica autorizada a nivel interno. Sin perjuicio de lo anterior, aclara explícitamente que la imputabilidad se configura aun con más fuerza si se trata de una práctica no autorizada por el Derecho interno, porque la sistematicidad y generalidad del fenómeno impide sostener que se trata de un acto realizado por algunos integrantes violentos de la CIA que actúan a título privado²⁷⁷.

Creo que el razonamiento y las conclusiones de esta autora son correctos. Por ende, cabe preguntarse por qué se ha traído a colación esta práctica sobre imputabilidad de actos de órganos estatales y actos *ultra vires* en un epígrafe dedicado a una regla de

²⁷⁵ Para los detalles de la metodología empleada, vid. SADAT, Leyla Nadya. "Ghost prisoners and black sites: extraordinary rendition under international law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n° 2 y 3, 2006, pp. 314-317.

²⁷⁶ BUTTON, Jillian. "Spirited away (into a legal black hole?): the challenge of invoking state responsibility for extraordinary rendition", *Florida Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, diciembre 2009, pp. 534-536.

²⁷⁷ Id., pp. 544-545.

imputación dedicada a las instrucciones. Si bien hay algún precedente judicial a nivel interno, las investigaciones que hasta la fecha se han realizado sobre las entregas extraordinarias, en su mayoría son extrajudiciales o netamente periodísticas y no han sido capaces de realizar una estimación global del fenómeno ni de sistematizar acabadamente sus diversas manifestaciones²⁷⁸. Ahora bien, si como ejercicio teórico se piensa en un supuesto en que el ejecutor de la desaparición no es un órgano estatal, sino un grupo de particulares que recibe instrucciones de una agencia estatal, entonces la regla de las instrucciones podría ser perfectamente aplicada. Piénsese, por ejemplo, en una compañía de seguridad privada o en un conjunto de mercenarios que instruidos por una unidad de inteligencia de un Estado, llevan a cabo los actos constitutivos de entrega extraordinaria. Por lo tanto, el planteamiento de BUTTON es adecuado pero sólo se refiere a los órganos estatales, de modo que debe ser complementado con esta última observación.

2.2. El agente estatal indirecto en los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas.

Todos los instrumentos internacionales encargados de la regulación de la desaparición forzada se remiten a los agentes estatales indirectos como sujetos activos de este ilícito.

La *DPPDF* es el instrumento que trata este punto con mayor explicitud que los demás, al señalar en su Preámbulo que la desaparición forzada puede ser cometida por “*grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento*”. Por su parte, la *CIDFP* y la *CIPPDF*, ambas en su artículo segundo, se refieren a “*personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”.

Ahora bien, las disposiciones citadas utilizan los términos “*autorización*”, “*apoyo*” y “*aquiescencia*”. Es difícil especificar a qué regla de atribución puede ser asociado cada una de estas formas de intervención. De todas formas, las disposiciones

²⁷⁸ Vid. entre los más importantes, el informe presentado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por el relator Dick MARTY. Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria. *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Dick MARTY, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe. Doc. 11302 rev., 11 de junio de 2007.

exigen la concurrencia de una o más de estas formas de intervención, de modo hay imputabilidad si concurre a lo menos una de estas modalidades.

Las expresiones “*grupos organizados o por particulares*” y “*personas o grupos de personas*” da cabida a la posibilidad de que el sujeto activo pueda ser una persona individual o un grupo con un cierto nivel de organización. Por ende, las distinciones entre grupos e individuos que se han desarrollado en este capítulo no serían contradictorias con la regulación convencional.

La expresión “*autorización*” parece estar refiriéndose a las instrucciones. A su vez, la expresión “*en nombre del gobierno*” y “*apoyo*” parecen vincularse con el control.

La modalidad que genera mayores dudas es la que se identifica con el término “*aquiescencia*”. En términos generales, en Derecho internacional se habla de aquiescencia para identificar supuestos de omisión estatal. En este sentido, parece ser un término más relacionado con agentes no estatales.

CONCLUSIONES PRELIMINARES.

Las conclusiones preliminares de este capítulo serán expuestas en relación a cada categoría de agente a los que se ha hecho referencia, esto es, agente estatal directo y agente estatal indirecto.

1. Respecto de la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones cometidas por agentes estatales directos es posible esbozar las siguientes conclusiones preliminares:
 - i. No existe ninguna duda sobre la posibilidad de aplicar el principio de unidad del Estado como regla de imputación en sus diversas manifestaciones. Así ha quedado demostrado por la práctica y jurisprudencia internacional específicamente relacionada a las desapariciones.
 - ii. La teoría de los actos *ultra vires*, también puede ser aplicada a las desapariciones cometidas por agentes estatales. Hay precedentes internacionales que han utilizado este criterio a efectos de la atribución. Sin embargo, esta regla adolece de un defecto, que consiste en un

desarrollo precario de la distinción entre actos *ultra vires* y actos privados.

- iii. En la práctica relativa a desapariciones cometidas por agentes estatales directos, se ha centrado la atención en la identificación de los sujetos que han llevado a cabo la primera fase de la desaparición y se ha desatendido el análisis de comportamientos de sujetos que intervienen en la segunda fase. La consideración autónoma e integral del fenómeno de las desapariciones conduce a la necesidad de prestar una mayor atención en este punto, a fin de reforzar las declaraciones de imputabilidad, especialmente en casos más difusos en que no pueda identificarse con precisión quién comete la privación de libertad, pero sí la denegación de información.
2. Respecto de los agentes estatales indirectos, es posible esbozar las siguientes conclusiones:
 - i. La determinación de la atribución está sujeta a la categoría de agente estatal indirecto que ejecuta la intervención, diferenciándose dos tipos generales de sujetos: grupos estructurados y jerárquicamente organizados y sujetos que no cumplen con esas características, esto es individuos o grupos no estructurados.
 - ii. Respecto de los grupos estructurados y jerárquicamente organizados existe una controversia general expresada en la jurisprudencia internacional sobre el estándar de control aplicable. La CDI no ha resuelto esta controversia en el *Proyecto* y los *Comentarios* tampoco arrojar soluciones al respecto. La valoración de las reglas de imputación aplicables a esos supuestos han sido discutidas en dos importantes sentencias dictadas por tribunales internacionales; a saber, la resolución sobre las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)* de la CIJ y la sentencia sobre el caso *Tadić* del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. La primera de estas sentencias aplicó el test de control efectivo, mientras que la segunda, aplicó el test de control global. En este trabajo se ha tomado posición por la segunda de las dos opciones, porque la calidad y cantidad de precedentes de la práctica jurisprudencial en materia de

derechos humanos así lo justifica y porque las características del criterio son más adecuadas para la valoración de la imputabilidad de actos cometidos por un grupo jerarquizado, considerando que los Estados suelen valerse de ellos para eludir su responsabilidad internacional.

En mi opinión, no hay mayor problema para utilizar el mismo test tanto para comprobar la responsabilidad internacional del Estado, como para determinar la responsabilidad penal internacional por graves violaciones al Derecho humanitario. Además, la aplicación de este estándar a grupos jerárquicos permite pasar por alto una valoración de la imputabilidad a la luz de la teoría de los actos *ultra vires*.

- iii. Para individuos o grupos no organizados, rige el criterio de las instrucciones, aunque existen algunos supuestos problemáticos. El primero de ellos se remite a individuos o grupos de individuos privados encomendados para la realización de una tarea específica de tipo lícito, pero que violan una obligación internacional del Estado en el cumplimiento de esta tarea. Respecto de este supuesto no hay certeza sobre la aplicación de la teoría de los actos *ultra vires*. Hay dos teorías enfrentadas. La primera postura rechaza su procedencia, porque esa regla de imputación solo puede operar si existe una relación orgánica entre el ejecutor del acto y el Estado. La segunda postura prescinde de dicha relación y considera que la regla de los actos *ultra vires* es de carácter general en el Derecho internacional, siendo del todo aplicable para en el supuesto en cuestión.

Ahora bien, tratándose de un grupo jerarquizado, basta con aplicar el test de control global, siendo del todo irrelevante un razonamiento en base a la teoría de los actos *ultra vires*, porque satisfechas las exigencias del *overall control*, no tiene sentido razonar sobre la eventual extralimitación en la actuación del sujeto.

El segundo supuesto problemático se refiere a individuos asimilados a un órgano estatal. Se discute su autonomía como supuesto y se ha sugerido considerarlo como una modalidad de individuos encomendados por el Estado para la comisión de actos internacionalmente ilícitos

- iv. La práctica internacional específica sobre desapariciones forzadas ha aplicado tanto el estándar de control como la regla de las instrucciones. Sin embargo, no todos los precedentes desarrollan adecuadamente la argumentación jurídica sobre la aplicación del test de control. En este trabajo se ha criticado la ausencia de un desarrollo técnicamente más riguroso en la jurisprudencia de la CorteIDH, en la que se confunde la teoría del riesgo real e inminente con el test de control global.
 - v. Respecto de las instrucciones, no existen precedentes que se ajusten con exactitud al ámbito de aplicación de este criterio, aunque el contexto de las entregas extraordinarias practicadas con motivo de la “guerra” contra el terrorismo podría configurar un campo fértil para su procedencia.
3. En la regulación convencional de la desaparición forzada, existen claras referencias tanto a los agentes estatales directos, como a los agentes estatales indirectos, de modo que la responsabilidad estatal puede surgir si la desaparición ha sido cometida por cualquiera de estos dos tipos de sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, no existe claridad sobre la relación entre las modalidades de intervención estatal en la desaparición cometidas por agentes estatales indirectos y las reglas de imputación aplicables a esos casos. Se trata de un asunto no desarrollado ni en la doctrina, ni en la práctica internacional.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DESAPARICIONES FORZADAS COMETIDAS POR AGENTES NO ESTATALES.

ACLARACIONES PRELIMINARES.

En el discurso canónico del Derecho internacional existe una tendencia dominante a etiquetar todo lo que es ajeno al Estado como con la expresión “no estatal” (*non-state*), pero sin individualizar con precisión la naturaleza, clase y características de la institución en análisis. Respecto de los sujetos que no tienen vinculación directa con el Estado, suele utilizarse la terminología “actores o agentes no estatales” (*non-state actors*).

El objeto de este capítulo será analizar la responsabilidad internacional que puede caberle al Estado por desapariciones forzadas cometidas por ciertas clases de agentes no estatales.

Para tal efecto, en la primera parte se revisará someramente la noción misma de actor o agente estatal, noción problemática *per se*, por la falta de certeza sobre su conceptualización y sistematización. Luego, se identificarán algunos actores que por sus características pueden tener cierta relevancia como potenciales –o actuales– ejecutores de desapariciones forzadas, intentándose justificar los criterios que han motivado su selección. Así, se analizará cada uno de tales sujetos, se identificarán sus principales características y se hará referencia a su tratamiento normativo internacional. Desde ya, cabe aclarar que la reflexión sobre la responsabilidad directa de estos agentes por violaciones de derechos fundamentales o de Derecho humanitario no es objeto de este trabajo, de modo que las referencias que se harán sobre estos puntos, solo tendrán la finalidad de facilitar la comprensión de las materias en análisis.

El punto de inflexión de este capítulo será la reflexión sobre la posibilidad de aplicar el Derecho de los derechos humanos a esta clase de agentes no estatales en una situación de conflicto armado.

En la segunda parte del capítulo, se analizarán las reglas generales de imputabilidad para supuestos de actos cometidos por agentes no estatales. En primer

lugar se pasará revistas a las reglas articuladas en el *Proyecto de la CDI*, para luego hacer referencia a la noción de diligencia debida, prestando especial atención a su aplicación ante violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales. Se concluirá el capítulo dando cuenta de la práctica internacional existente sobre responsabilidad internacional del Estado ante desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales.

1. LOS AGENTES NO ESTATALES: UNA CATEGORÍA DE DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN.

El problema de la expresión “actores o agentes no estatales”, más allá de las etiquetas o las preferencias terminológicas, es que desde un punto de vista conceptual aglutina entidades muy diversas entre sí, que van desde grupos armados que intentan hacerse del poder en un Estado, a grupos terroristas; desde empresas transnacionales, a bandas del crimen organizado; desde organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales a asociaciones corporativas o profesionales de la sociedad civil o del sector privado.

La identificación de estos actores con una expresión lingüística negativa no es fruto del azar, sino manifestación patente de una tendencia tradicional del Derecho internacional que pretende personificar al Estado como el único sujeto protagónico. En opinión de ALSTON, “*apart from its ability from obfuscate almost any debate, this insistence upon defining all actor in terms of what they are not combines impeccable purism in terms of traditional international legal analysis with an unparalleled capacity to marginalize a significant part of the international human rights regime from the most vital challenges at the dawn of the twenty-first century*”²⁷⁹. Esta tendencia estadocéntrica ha tenido una de sus más claras manifestaciones en el discurso y la

²⁷⁹ ALSTON, Philip. “The ‘Non-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”, en VV.AA., *Non-State Actors and Human Rights*, Philip Alston (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 3: [además de su habilidad para ofuscar casi todo debate, esta insistencia en definir todo actor en términos de lo que no es, combina un impecable purismo en términos de análisis jurídico internacional tradicional con una capacidad sin paralelo de marginar una parte significativa del régimen internacional de los derechos humanos del más vital de los desafíos en los albores del siglo veintiuno].

codificación internacional de los derechos humanos, ya que “*every human rights document produced under the auspices of the United Nations requires its author(s) to genuflect in this way to the altar of ‘State’ sovereignty*”²⁸⁰.

No debe extrañar que ésta sea la tendencia tradicionalista, porque tal como indica KLABBERS, si desde la Paz de Westfalia de 1648 –hito esencial para el surgimiento del Estado moderno y la comunidad internacional–, el orden internacional ha sido construido para regular las relaciones entre y en beneficio de los Estados, ergo los Estados no mirarán con buenos ojos a nuevos comensales que pretendan compartir la mesa redonda de las relaciones internacionales. Por lo demás, esta forma de concebir el orden internacional, ha generado una relación orgánica entre el Derecho internacional y el Estado, relación incluso simbiótica, ya que el Estado facilita el Derecho internacional y éste último, a su vez, proporciona la mejor de las situaciones para la condición de Estado²⁸¹.

Sin embargo, una exigencia de nuestro presente, con clara proyección hacia el futuro, es reimaginar la regulación internacional de los derechos humanos incorporando a los agentes no estatales²⁸². Uno de los ámbitos que requiere este esfuerzo es la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones cometidas por los agentes no estatales, que, en palabras de FARRIOR, es uno de los temas más “ardientes” del discurso de los derechos humanos²⁸³.

La construcción de este nuevo imaginario no puede ser realizada sin reflexionar sobre dos cuestiones fundamentales: el concepto de los agentes no estatales y su sistematización. Pese a la discusión que se ha generado alrededor de estos temas, creo que los resultados alcanzados son insatisfactorios y esta carencia debe ser un motivo de preocupación. Pensar en respuestas jurídicas en el seno del Derecho internacional para enfrentar el fenómeno de los actores no estatales, se torna una tarea compleja al no

²⁸⁰ Id., p. 4: [todo documento de derechos humanos producido bajo los auspicios de las Naciones Unidas exige a sus autores una genuflexión ante el altar de la soberanía del Estado].

²⁸¹ KLABBERS, Jan. “(I Can’ t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the emergence of Non-State Actors”, en VV.AA., *Non-State-Actors and International Law*, Andrea Bianchi (ed.). Dartmouth: Ashgate, 2009, pp. 41 y 42.

²⁸² Cfr. ALSTON, op. cit., p. 4; CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of Non-State actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 1-2

²⁸³ FARRIOR, Stephanie. “State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors”, *American Society of International Law*, nº 92, 1998, p. 300.

saberse de qué se habla, ni conocerse las tipologías aproximadas de estos sujetos. Si no se ahonda en esta discusión, difícilmente podrá hacerse luz sobre los derechos que puede detentar cada sujeto y las obligaciones que pueden abozalarlos. Tiene razón VAN BOVEN, cuando señala que “*NGOs, peoples' organizations, liberation movements, guerilla forces, national, ethnic or religious minorities, transnational corporations, entities claiming sovereign power and sovereign rights cannot be put in the same box*”²⁸⁴.

1.1. La conceptualización de los agentes no estatales.

Para tener una visión sobre los problemas que suscita la conceptualización de los agentes estatales, puede ser de utilidad hacer referencia a ciertos intentos de definición esbozados en diferentes ámbitos y para diferentes fines.

Un informe del Panel de Personas Eminentes sobre las relaciones entre la ONU y la sociedad civil, no fue capaz de elaborar siquiera un glosario terminológico que diferenciase con claridad el sector público, el sector privado y la sociedad civil. El informe reconoce la confusión sobre la noción de organización no gubernamental y procede a definirla en términos funcionales por sus competencias ante la ONU. La sociedad civil es conceptualizada con demasiada amplitud, abarcando organizaciones muy heterogéneas entre sí. Por otra parte, hay vastas áreas grises representadas por entidades híbridas entre el sector privado y la sociedad civil, de modo que el informe no se atreve a etiquetarlas, v. gr., los medios de comunicación, cooperativas, empresas sustentadas por organizaciones no gubernamentales o entidades filantrópicas o de beneficencia. Siendo un informe destinado al análisis de la posición de la sociedad civil ante la ONU, no se refiere a los sujetos no estatales armados²⁸⁵.

Una definición similar e igualmente imprecisa, es la otorgada por la Comisión Europea, en cuanto intenta apartar del Estado a los actores no estatales, definiéndolos en

²⁸⁴ VAN BOVEN, Theo. “Non-State Actors. Introductory Comments [1997]”, en VV.AA., *Human Rights from Exclusion to Inclusion*. Principles and Practice: An Anthology from the work of Theo Van Boven. Fons Coomans, Cees Flinterman, Fred Grunfeld, Ingrid Westendorp y Jan Willems (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2000, p. 369: [ONGs, organizaciones de los pueblos, movimientos de liberación, guerrillas, minorías nacionales, étnicas o religiosas, empresas transnacionales, entidades que reclaman poder y límites soberanos, no pueden ser colocados en la misma caja].

²⁸⁵ AGONU, *We the Peoples: Civil Society, the United Nations and Global Governance*. Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations, A/58/817 (11 de junio de 2004), p. 13.

términos muy amplios, como organizaciones que pertenecen a la sociedad civil. Este informe tampoco se remite a grupos no estatales armados²⁸⁶.

En una resolución relativa a la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, el CS ha definido al agente no estatal como la *persona física o entidad que no actúa bajo la autoridad legítima de un Estado*, aunque el ámbito operativo de la definición se restringe a la ejecución de actividades a que se refiere dicha resolución²⁸⁷. Se trata de una definición que asimila los agentes no estatales a los terroristas, ya que la resolución aludida hace referencia a resoluciones anteriores sobre esos sujetos, una de ellas vinculada con la implementación de sanciones a los individuos o entidades pertenecientes o relacionadas con los Talibanes²⁸⁸, y la otra adoptada en respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001²⁸⁹.

Por su parte, la Campaña Internacional para la Prohibición de Minas Terrestres identifica los actores no estatales con los grupos de oposición armada en general, definiéndolos como sujetos con un reconocimiento internacional inferior al de los Estados y que emplean una estrategia militar²⁹⁰. Un listado de ejemplos incluye entidades muy distintas entre sí, v. gr., rebeldes, grupos armados irregulares, insurgentes, fuerzas armadas disidentes, guerrillas, movimientos de liberación nacional, gobiernos *de facto* y otros. No destacar las diferencias entre estos grupos denota falta de rigurosidad; no obstante, la definición puede ser útil, porque se avoca a identificar ciertos sujetos frente una problemática específica, esto es, la utilización de minas terrestres por dichos sujetos. Tiene por objeto identificar actores no estatales que incurren en violaciones de normas internacionales humanitarias plasmadas en la *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y*

²⁸⁶ Comisión Europea. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee*. Participation of non-state actors in EC development policy, COM(2002) 598 final, 7 de noviembre de 2002, p. 5.

²⁸⁷ CS, res. 1540 (2004) del 8 de abril de 2004.

²⁸⁸ CS, res. 1267 (1999) del 15 de octubre de 1999.

²⁸⁹ CS, res. 1373 (2001) del 28 de septiembre de 2001.

²⁹⁰ Cfr. International Campaign to Ban Landmines. *Non-State Armed Groups* [En línea]. Disponible en <<http://www.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/Non-State-Armed-Groups>>. [Consulta: 22 de junio de 2011]; BUSÉ, Margaret. *Non-State Actors and Their Significance* [En línea]. Disponible en <http://maic.jmu.edu/journal/5.3/features/maggie_buse_nsa/maggie_buse.htm>. [Consulta: 22 de junio de 2011].

*transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*²⁹¹ y en la *Convención sobre municiones en racimo*²⁹².

Una definición que podría ubicarse en la misma línea de la anterior es la esgrimida en un informe redactado por PETRASEK para el *International Council of Human Rights Policy*. El profesor de la Universidad de Ottawa define los grupos armados como aquellos que utilizan las armas, usan la fuerza para el logro de sus objetivos y no están sujetos al control del Estado. En general, se trata de grupos que luchan contra un Estado determinado, aunque puede darse casos de enfrentamientos entre sí. Suelen tener un objetivo político que los diferencia del crimen organizado; sin embargo, en la práctica muchos grupos armados se involucran en actividades criminales, de modo que puede ser difícil diferenciar un grupo de otro, porque grupos con una finalidad política pueden utilizar la actividad criminal como medio para alcanzar sus objetivos o, viceversa, grupos de tipo criminal pueden realizar actividades políticas para expandir y consolidar una posición de poder. Finalmente, se trata de grupos autónomos, no sujetos a autoridad estatal alguna, aunque también respecto de esta característica los límites son difusos, porque hay organizaciones que nacen al alero del Estado que luego se independizan²⁹³.

Una última definición, también de tinte humanitario, es la elaborada por el Instituto de Derecho Internacional en una resolución sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho humanitario en conflictos armados internos. De acuerdo con esta definición, una entidad no estatal es “*the parties to internal armed conflicts who oppose the government’s armed forces or are fighting entities of a similar nature and who fulfill the conditions set forth in Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 on the Protection of Victims of War or in Article 1 of the 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the*

²⁹¹ Conferencia Diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal. *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*, aprobada en Oslo el 18 de septiembre de 1997 y entrada en vigor el 1 de marzo de 1999.

²⁹² Conferencia Diplomática para la adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo. *Convención sobre municiones en racimo*, aprobada en Dublín, el 30 de mayo de 2008 y entrada en vigor el 1 de agosto de 2010.

²⁹³ International Council of Human Rights Policy. *Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups*. Versoix: s.e., 2000, pp. 5-8.

Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)”²⁹⁴. Se trata de una definición estrictamente humanitaria, destinada a definir una de las partes de un conflicto armado no internacional, específicamente, la parte que se opone al Estado.

Todos estos ejemplos demuestran la inexistencia de una definición general de actor no estatal, porque las diversas definiciones aludidas, se han elaborado en un discurso relacionado con un ámbito específico. Ante este panorama desconcertante, quizás puede concluirse que no es posible ensamblar un concepto único de actor no estatal, sencillamente porque la diversidad de estos sujetos no lo permite. Sólo puede decirse que se trata de sujetos desvinculados del Estado, pero más allá de esta única certeza, existen tantas clases de sujetos no estatales como cuantos ámbitos de aplicación lo requieran. Quizás esta conclusión viene a confirmar que no es una buena idea colocar en un mismo saco todo lo no estatal.

1.2. La sistematización de los agentes no estatales.

En base a lo expuesto en el punto anterior, puede ser más conveniente invertir los esfuerzos en la sistematización de estos sujetos, más que en su conceptualización. Dado que ni la doctrina, ni la práctica, han sido capaces de construir un concepto útil de actor no estatal, quizás sea posible intentar sistematizarlo en base a caracteres comunes. ALSTON, por ejemplo, tras comprobar la confusión reinante en la materia, en vez de elaborar una definición propia, destaca algunos factores claves vinculados con el origen y proliferación de los actores no estatales y que pueden ser de utilidad para el estudio de los derechos humanos. Así, por ejemplo, individualiza factores económicos, como la globalización, la privatización de los servicios públicos, el flujo y la expansión de los capitales privados y la liberalización de los mercados. Entre otros elementos relevantes,

²⁹⁴ Institut de Droit International. *The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties*, 25 de agosto de 1999, Berlín, punto nº I: [la parte de los conflictos armados internos que se oponen a las fuerzas armadas gubernamentales o luchan contra entidades de similar naturaleza, y que cumplen las condiciones establecidas en el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de guerra o en el art. 1 del Protocolo de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales (Protocolo II)].

indica también el aumento del protagonismo de la sociedad civil, la privatización de la seguridad privada y el nuevo cariz de los conflictos armados internos²⁹⁵.

Un factor que, a mi juicio, debería ser agregado es el aumento del terrorismo internacional desde los atentados del 11 de septiembre de 2001. Se trata de un terrorismo transnacional, en cuanto la preparación y ejecución de los atentados puede tener lugar en varios países y también de un terrorismo global, capacitado para la ejecución de actos de mega-terrorismo, esto es, actos cuyas magnitud y consecuencias alcanzan una escala mundial²⁹⁶.

El conjunto y, en ciertos casos, la interrelación de todos estos factores, ha erosionado el papel del Estado en la comunidad internacional y ha permitido el nacimiento de nuevos actores internacionales.

Ahora bien, en este trabajo no se pretende resolver el problema de la conceptualización y sistematización de los actores no estatales, pero las exigencias metodológicas obligan a justificar a qué tipo de sujetos se hará referencia y a identificar las razones que motivan esa selección. Cumpliendo con esas imposiciones, cabe aclarar que en este capítulo se analizará la responsabilidad del Estado por actos de desapariciones cometidos por rebeldes, insurgentes o beligerantes; movimientos de liberación nacional y grupos de oposición armada. La elección de estos tres grupos y el descarte de los demás, se justifica por la dinámica misma de la desaparición. En efecto, para cometer desapariciones es necesario que el sujeto activo tenga la capacidad operacional para el ejercicio de cierto grado de violencia, a fin de privar de libertad a la víctima, mantenerla en esa condición por un algún período de tiempo, denegar todo tipo de información respecto de su paradero y suerte y, eventualmente, darle muerte ocultando posteriormente sus restos. Todos los sujetos señalados, en principio, tienen ese “poder de fuego” y cuentan con la organización y los medios aptos para la práctica

²⁹⁵ ALSTON, op. cit., pp. 17-19. En un sentido similar, vid. CLAPHAM, *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., pp. 3-23, quien identifica 4 fenómenos claves en la reflexión sobre la responsabilidad internacional de los actores no estatales: la globalización, la privatización, la fragmentación y la feminización.

²⁹⁶ OLÁSOLO, Héctor/PÉREZ CEPEDA, Alicia. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 30-33.

de desapariciones²⁹⁷. En base a lo anterior, las nociones de actores no estatales más afines a los objetivos de este trabajo son las que se refieren a los grupos armados.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reconocerse que existen otros sujetos que pueden ser de interés, v. gr., los terroristas, los mercenarios y la criminalidad organizada, porque en principio también podrían tener la capacidad operativa para llevar a cabo desapariciones.

Dichos sujetos no serán objeto de análisis en este trabajo, debido a razones procedimentales relativas al trabajo mismo y a razones teórico-sistemáticas.

Entre las razones procedimentales, cada clase de sujetos tiene una regulación *ad hoc* en Derecho internacional, de modo que el abordaje de todos ellos en este trabajo es poco viable, aunque puede motivar el desarrollo de futuras investigaciones.

Por otra parte, una razón teórica es la falta de una finalidad política. Mientras los tres sujetos que serán analizados, persiguen un fin político, los tres últimos sujetos no cumplen con este requisito, porque las finalidades que pretender alcanzar son económicas o vinculadas con el mantenimiento, expansión o fortalecimiento de una posición de poder²⁹⁸. No debe olvidarse que si bien la finalidad política no es un elemento jurídico conceptual de las desapariciones, sí es un elemento criminológico inmanente a ellas, cuya presencia en un caso concreto, puede ayudar a diferenciarlas de simples secuestros, cuya estructura criminológica es bien distinta. La persecución de un fin político, si la hubiere, sería accesoria a los fines principales perseguidos por los grupos que se han dejado al margen.

Las anteriores son razones teóricas que responden a modelos conceptuales puristas, ya que en la práctica las cosas pueden difuminarse, habiendo casos límite en

²⁹⁷ Tomando como ejemplo el contexto colombiano, según las cifras de la Comisión Colombiana de Juristas, un 2,26% de las desapariciones forzadas cometidas en Colombia desde junio de 1996 a junio de 2009 son atribuibles a la Guerrilla. La cifra es particularmente alta en relación a las desapariciones cometidas durante el último año abarcado por el estudio, esto es, desde julio de 2008 a junio de 2009, alcanzando un 16,56%. Vid. Comisión Colombiana de Juristas. *Violaciones de derechos Humanos y violencia sociopolítica en Colombia*. Derecho a la vida. Desapariciones forzadas. Total de víctimas desaparecidas y porcentaje de autoría por presuntos autores según períodos julio de 1996 a junio de 2009. [En línea]. Bogotá, 17 de mayo de 2011. Disponible en <http://www.coljuristas.org/documentos/cifras/cif_2011-05-17.pdf>. [Consulta: 11 de agosto de 2011]. Debo agradecer la ayuda del abogado Diego Peña Castillo por haberme sugerido revisar las estadísticas citadas.

²⁹⁸ AMBOS. *La parte general del Derecho penal internacional*. Bases para una elaboración dogmática. Trad. de Ezequiel Malarino. Bogotá: Temis-Konrad Adenauer Stiftung-Duncker & Humblot, 2006, pp. 44-46, quien diferencia la “criminalidad de los poderosos” destinada a la defensa de una situación de poder, de la macrocriminalidad, destinada a la persecución de fines políticos. Además, incorpora en un sentido amplio de macrocriminalidad a los agentes no estatales

que es difícil diferenciar con certeza un grupo armado de una banda criminal organizada o una desaparición de un secuestro.

Asimismo, puede señalarse que el argumento vinculado con la finalidad política, puede no ser atinente a los terroristas, porque la ejecución de actos destinados a difundir terror en la sociedad, puede responder a motivaciones políticas. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico no existe un acuerdo internacional sobre una definición de terrorismo. En efecto, el trabajo de Naciones Unidas sobre el punto está entrampado en dos cuestiones fundamentales. Por una parte, no existe acuerdo sobre la posibilidad de incorporar como acto terrorista el uso de las fuerzas armadas del Estado contra civiles. Por otra parte, algunas posiciones argumentan que los pueblos sometidos a ocupación extranjera tienen un derecho a la resistencia que la definición de terrorismo no debería socavar. En opinión del Alto Panel sobre Amenazas, Desafíos y Cambio de la ONU, se trata de dos obstáculos que no pueden impedir un acuerdo general sobre la noción de terrorismo, en cuanto el marco normativo que regula el uso de la fuerza no estatal requiere ser complementado con la regulación de la fuerza ejercida por sujetos no estatales, con el objeto de condenar todo ataque dirigido contra la población civil o los no combatientes. De acuerdo a este grupo de expertos, el terrorismo debería ser definido como cualquier acto dirigido a causar la muerte o lesiones graves a civiles o no combatientes cuando el propósito de tales actos, en base a su naturaleza o contexto, es intimidar la población u obligar un Gobierno o una organización internacional a hacer o no hacer un acto²⁹⁹.

Las dificultades sobre la conceptualización del terrorismo constituyen un aliciente adicional para descartar su tratamiento para el logro de los objetivos que contempla el presente trabajo. Además, cabe observar que desde un punto de vista jurídico es discutible la presencia de un elemento político en la definición propuesta, aunque debe admitirse que es bastante difícil disociar la política de las finalidades perseguidas por un grupo terrorista.

²⁹⁹ High-level Panel on Threats, Challenges and Change of ONU. *A more secure world: Our shared responsibility*. S. I.: United Nation Department of Public Information, 2004, párrs. 160-164. La definición de terrorismo está contenida en el párr. 164(d) en los siguientes términos: “any action [...] that is intended to cause death or serious bodily harm to civilians or non-combatants, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population or to compel a Government or an international organization to do or to abstain from doing any act”.

1.3. Análisis de las categorías de agentes no estatales.

1.3.1. Rebeldes, insurgentes, beligerantes.

El estallido de focos de rebeldía o insurgencia al interior de los Estados ha sido un fenómeno habitual para la comunidad internacional y para dar fe de esta afirmación basta realizar un breve repaso de los acontecimientos históricos ocurridos desde la independencia de Estados Unidos hasta nuestro presente³⁰⁰. Sin embargo, es evidente que los conflictos armados no internacionales han aumentado en cantidad e intensidad desde el fin de la Segunda Guerra Mundial³⁰¹.

En Derecho internacional existe un plexo de perspectivas desde los que puede enfocarse el estudio de este fenómeno. Sin sombra de duda, el tema que ha suscitado más interés, a propósito de los rebeldes, insurgentes o beligerantes, es la reflexión sobre los derechos y obligaciones poseídas por estos grupos a nivel internacional. Sobre este asunto, en general, es posible distinguir dos grandes teorías que han intentado dar una respuesta a este dilema; a saber, una teoría tradicional y otra contemporánea³⁰².

De acuerdo a la teoría tradicional, estos sujetos sólo tendrán derechos y obligaciones respecto de los Estados que le otorguen un reconocimiento³⁰³. El reconocimiento es un acto unilateral estatal que implica aceptar la existencia de una relación *de facto* entre el Estado que emite el reconocimiento y el grupo rebelde³⁰⁴. El

³⁰⁰ Para la reseña de hitos históricos insurreccionales, vid. CASSESE. *International law in a divided world*. Oxford: Clarendon press, 1986, p. 81.

³⁰¹ FLECK, Dieter. "Humanitarian Protection Against Non-State Actors", en VV.AA., *Verhandeln für den Frieden-Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*. Berlín: Springer, 2003, p. 70.

³⁰² Cfr. CLAPHAM. *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 271; CLAPHAM. "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto" [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 863, septiembre de 2006, <[http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/74uml9/\\$File/irr_863_Clapham.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/74uml9/$File/irr_863_Clapham.pdf)>, pp. 2-3. [Consulta: 27 de junio de 2011].

³⁰³ Cfr. CLAPHAM. *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 271; CLAPHAM. "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", cit., p. 2. En opinión de RIEDEL, Eibe H. "Recognition of belligerency", en VV.AA., *Encyclopedia of Public International Law*, Rudolf Bernhardt (ed.), 5 vols. Amsterdam-Londres-Nueva York-Oxford-París-Shannon-Tokio: Elsevier, t. IV, 2000, p. 47, la regulación internacional del reconocimiento de los rebeldes, está muy influenciada por el régimen del reconocimiento de los Estados, cuyas normas se han aplicado parcialmente a este contexto.

³⁰⁴ RIEDEL. "Recognition of insurgency", en VV.AA., *Encyclopedia of Public International Law*, cit., t. IV, p. 54.

Estado que puede otorgar el reconocimiento puede ser cualquiera, tanto aquél contra el que luchan los rebeldes, como cualquier otro³⁰⁵.

En términos generales, el efecto jurídico del reconocimiento estriba en conferir al grupo de rebeldes una determinada posición, *status* o grado de subjetividad que permite considerarlos actores en la comunidad internacional para fines acotados. Además, habilita la aplicación del Derecho internacional humanitario al conflicto e impone al Estado contra el que luchan los rebeldes a no considerarlos como una banda de criminales, impidiendo la aplicación del Derecho doméstico, especialmente, del Derecho penal³⁰⁶.

En la doctrina tradicional se ha discutido si existen verdaderas diferencias entre el reconocimiento de la insurgencia y el reconocimiento de la beligerancia³⁰⁷. En nuestro presente, la discusión no pasa de ser un ejercicio académico, porque tal como se comentará más adelante, la práctica del reconocimiento ha tenido una aplicación aislada y esporádica y ha caído en desuso.

Las diferencias entre ambas clases de reconocimiento se manifiestan más en los efectos jurídicos que en los requisitos necesarios para su puesta en práctica.

En efecto, en cuanto a los requisitos, si bien no existe uniformidad en la doctrina sobre su identificación, puede decirse con cierta propiedad que son muy similares en ambas clases de reconocimiento; a saber:

1. Que los insurgentes controlen efectivamente una porción de territorio.
2. Que estén dotados de un aparato organizacional responsable de las actividades de los miembros del grupo.

³⁰⁵ Cfr. CASSESE, *International law in a divided world*. cit., p. 82; CASSESE. *Diritto internazionale*. Bolonia: Il Mulino, 2006, p. 128; RIEDEL. "Recognition of belligerency", cit., p. 48.

³⁰⁶ Cfr. OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho internacional público* (1905-1906), 2 vols. Trad. de Antonio Marín López de la 7ª edición inglesa a cargo de Hersch Lauterpacht. Barcelona: Bosch, t. II, vol. I, 1966, p. 215; WILSON, Heather A. *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*. Oxford: Oxford University Press, 1988, pp. 36-37.

³⁰⁷ Para una reseña de las distintas posiciones doctrinarias sobre las diferencias entre ambos tipos de reconocimientos, vid. RIEDEL. "Recognition of insurgency", cit., pp. 54-55, quien distingue tres grupos de autores: los que niegan las diferencias, los que miran la insurgencia como una descripción fáctica sin efectos jurídicos y los que la consideran una situación intermedia entre los rebeldes y los beligerantes reconocidos que no genera un *status* legal.

3. Que la conmoción civil de la que son partícipes alcance cierto grado de intensidad y de duración, de modo que no puede tratarse de disturbios improvisados ni limitados en el tiempo³⁰⁸.

De la simple lectura de estas exigencias, puede inferirse que están planteadas en términos que rozan la vaguedad, de modo que no es fácil determinar el contenido de cada uno de ellos en su aplicación práctica. Por la misma razón, cada una de las exigencias ha sido fruto de las más diversas interpretaciones doctrinarias y ha suscitado problemas en la aplicación concreta³⁰⁹.

Como se anticipaba, las diferencias entre el reconocimiento de la insurgencia y la beligerancia estriban en los efectos jurídicos. El reconocimiento de la beligerancia tiene como propósito principal la aplicación del Derecho internacional humanitario sobre conflictos armados internacionales y otorga al grupo de beligerantes la calidad de parte de un conflicto armado y, por ende, cierta subjetividad internacional³¹⁰. En cambio, el reconocimiento de la insurgencia se circunscribe a la relación entre el Estado que confiere el reconocimiento y el grupo insurgente y sólo respecto de ciertas materias fijadas por los términos del acto de reconocimiento, v. gr., relaciones comerciales, protección de los extranjeros, de modo que a los insurgentes se les reconoce un *status* internacional más limitado³¹¹.

Ahora bien, de acuerdo con las teorías contemporáneas, el régimen de reconocimiento ha sido abandonado³¹². El problema de los efectos jurídicos del

³⁰⁸ Cfr. CASSESE. *Diritto internazionale*, cit., pp. 127-128; CLAPHAM. *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 271; CLAPHAM. "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", cit., p. 2; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. "La Guerra Civil española y el Derecho internacional", *Revista española de Derecho internacional*, vol. 61, n° 1, enero-junio 2009, p. 76, n. 5; JENNINGS, Robert/WATTS, Arthur (eds.). *Oppenheim' International Law*. Vol. I. Peace. Introduction and part 1 (1905), 9ª edición. Harlow: Longman Group UK Limited, 1996, pp. 161-165; RIEDEL. "Recognition of belligerency", cit., pp. 47; RIEDEL. "Recognition of insurgency", cit., p. 54.

³⁰⁹ Para una reseña de la aplicación práctica del reconocimiento, cfr. RIEDEL. "Recognition of belligerency", cit., p. 48; RIEDEL. "Recognition of insurgency", cit., p. 55.

³¹⁰ Cfr. CASSESE. *Diritto internazionale*, cit., p. 128; FERNÁNDEZ LIESA, op. cit., p. 76; JENNINGS/WATTS, op. cit., p. 165; RIEDEL. "Recognition of belligerency", cit., p. 47.

³¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, op. cit., p. 76; JENNINGS/WATTS, op. cit., p. 166; RIEDEL. "Recognition of belligerency", cit., p. 47; RIEDEL. "Recognition of insurgency", cit., p. 54.

³¹² RIEDEL. "Recognition of belligerency", cit., p. 50.

reconocimiento de la beligerancia, según WILSON, no ha sido de corte práctico, sino teórico, atendida la escasa aplicación fáctica de esta institución³¹³. Además, en los casos en que ha habido alguna clase de reconocimiento internacional, sólo se ha podido recabar una precaria aplicación de las normas humanitarias³¹⁴. Estando radicada en los Estados la facultad de decidir reconocer o no a un grupo de insurgentes o beligerantes, la institución del reconocimiento estaba condenada al fracaso³¹⁵.

En la práctica sólo se aplicó en el contexto de algunos conflictos del siglo XIX, época en que los Estados eran los únicos sujetos internacionales relevantes y en que la gran mayoría de las guerras no involucraba a actores no estatales. Sin embargo, en el siglo XX y particularmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y la adopción de la Carta de Naciones Unidas, con la consecuente regulación del uso de la fuerza, la noción jurídica clásica de conflicto armado sufrió muchas modificaciones. Se multiplicaron los conflictos a nivel interno y las complejas relaciones entre movimientos rebeldes armados y Estados, tornó muy borrosa la demarcación entre conflicto armado interno y conflicto armado internacional. El régimen de reconocimiento había sido ideado para otra época, una época de mayor equidistancia entre los Estados. Todas estas consideraciones dan cuenta de los motivos que hicieron decaer la práctica del reconocimiento, institución que nunca pudo alcanzar garantías mínimas de certeza para una aplicación coherente en términos jurídicos³¹⁶.

Por ende, era necesario modificar el enfoque subjetivo propio del reconocimiento con un enfoque objetivo, que designase condiciones concretas para la aplicación de estándares humanitarios mínimos en conflictos armados no internacionales³¹⁷. Hoy es el Derecho internacional humanitario el que se preocupa de

³¹³ WILSON, op. cit., p. 37.

³¹⁴ Por ejemplo, en la Guerra Civil Española, a los rebeldes se les aplicó el *status* intermedio de insurgentes, que implicaba el reconocimiento la existencia fáctica de un conflicto, pero que no permitía la aplicación de las normas humanitarias internacionales. Para mayores detalles, vid. FERNÁNDEZ LIESA, op. cit., p. 77.

³¹⁵ RIEDEL. “Recognition of belligerency”, cit., p. 48.

³¹⁶ Cfr. RIEDEL. “Recognition of belligerency”, cit., p. 47-48 y 50; RIEDEL. “Recognition of insurgency”, cit., pp. 55-56. FERNÁNDEZ LIESA, op. cit., p. 77-78, señala que la Guerra Civil española marca un hito histórico originario en esta materia, el principio de un cambio normativo que acabaría con la práctica del reconocimiento y que demandaría la creación de mecanismos que permitiesen aplicar el Derecho internacional humanitario a los conflictos armados internos con independencia del reconocimiento.

³¹⁷ RIEDEL. “Recognition of belligerency”, cit., pp. 48-49.

regular los derechos y obligaciones de estos grupos, ya que existen normas específicas de esta rama del Derecho internacional que pueden aplicárseles.

En general, los Estados siempre han mostrado su animadversión hacia los insurgentes. Ningún Estado acepta que el *status quo* sea desestabilizado por un grupo de personas que desean hacerse del poder para modificar el sustrato de la estructura gubernativa. Todo Estado envuelto en un conflicto armado interno, intentará evitar cualquier intento de reconocimiento de los insurgentes, porque cualquier interferencia de la comunidad internacional o de terceros Estados, se interpretará como una aceptación de la legitimidad de sus enemigos internos. Para los Estados, el reconocimiento de la subjetividad internacional de los rebeldes, implica aceptar que se ubican fuera de la órbita física y legal de su autoridad. Incluso, lo que se explicó en el capítulo anterior a propósito de la tendencia de los Estados, especialmente los más poderosos, de intentar maquillar un conflicto interno mediante la utilización de grupos políticos o militares extranjeros que le son leales y así aparentar no estar actuando en el conflicto, en parte es una manifestación de ese rechazo hacia el reconocimiento internacional de los insurgentes. La estrategia que más favorece a un Estado que lucha contra rebeldes, estriba en tratarlos como enemigos internos, sometiéndolos al Derecho interno a fin de castigarlos por sus actos beligerantes o insurreccionales³¹⁸. TOMUSCHAT observa que la situación ideal para los Estados es aquella cuyo grado de violencia es elevado, pero no tanto para ser calificada como conflicto armado, porque en ese

³¹⁸ Cfr. CASSESE. *Diritto internazionale*, cit., pp. 127-130; CASSESE. *International law in a divided world*, cit., pp. 81-82; CASSESE. "The Status Of Rebels Under The 1977 Geneva Protocol of Non-International Armed Conflicts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, pp. 416-417; FLECK. "Humanitarian Protection Against Non-State Actors", cit., pp. 72-73; MOIR, Lindsay. *The law of internal armed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 198; PICTET, Jean et al. "Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional", en VV.AA., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios* (1986). Trad. de José Chocomeli Lera, con la colaboración de Mauricio Duque Ortiz (Referencias: Margarita Serrano García y María Ecuyer). Bogotá: Plaza & Janés, 1998, p. 326. Esa actitud se ha visto fortalecida en nuestro presente, especialmente en relación con los movimientos insurreccionales en Estados del tercer mundo, particularmente en África, donde las fronteras arbitrariamente definidas por las potencias coloniales constituyen una causa indiscutible de secesiones, luchas internas y otro tipo de conflictos. Pero también desde la finalización de la Guerra fría y la consecuente disolución de la Unión Soviética, se ha generado una seguidilla de luchas internas. Basta pensar en el ejemplo de la Ex Yugoslavia o en el actual conflicto en Chechenia.

supuesto el Estado podrá justificar la suspensión en la aplicación de los Derechos humanos de conformidad a las normas internacionales que la permiten³¹⁹.

Entre los terceros Estados, siempre habrá algunos que simpaticen con rebeldes y otros que mantendrán una actitud más reacia. Ello dependerá de consideraciones de diversa naturaleza, por ejemplo, políticas, religiosas, étnicas, estratégicas, ideológicas, militares, geopolíticas y muchas otras. Si los rebeldes logran controlar un territorio y administrarlo con cierta eficacia, la realidad se impondrá sobre la voluntad y muchos Estados se verán obligados a brindarles cierta clase de reconocimiento por la necesidad de interrelacionarse con ellos en ámbitos específicos. Piénsese, por ejemplo, en intercambio de relaciones comerciales o protección de nacionales que residan en el territorio controlado por los rebeldes³²⁰.

Recapitulando lo expresado en este aparatado, los rebeldes, insurgentes o beligerantes son un grupo armado que lucha contra un Estado determinado. La noción de insurgentes se diferencia de la noción de beligerantes en base al tipo de reconocimiento que se le destina a cada uno de ellos. Los insurgentes, tienen un reconocimiento internacional más limitado, que se circunscribe a ciertas materias específicas que interesan al Estado que concede el reconocimiento. Los beligerantes tienen un *status* más amplio, porque el reconocimiento afirma la existencia del conflicto armado y habilita la aplicación del Derecho internacional humanitario.

1.3.2. Movimientos de liberación nacional.

Si bien es posible hallar el origen histórico de los movimientos de liberación nacional en el proceso de independencia de Estados Unidos o en los movimientos independentistas decimonónicos latinoamericanos, la proliferación de estos movimientos y su regulación jurídica, son manifestaciones propias de las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial y consecuencias inherentes a la intensificación del proceso de descolonización³²¹. En efecto, si bien la titularidad del derecho de

³¹⁹ TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 260.

³²⁰ Cfr. CASSESE. *International law in a divided world*, cit., pp. 82; RIEDEL. "Recognition of insurgency", cit., p. 55.

³²¹ Cfr. CASSESE. "Wars of national liberation and humanitarian law", en VV. AA., *Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principles: Essays in Honour to Jean Pictet*. La Haya:

autodeterminación de los pueblos se ha extendido con la regulación humanitaria del mismo, el origen y naturaleza intrínsecos de este derecho estriban en la lucha contra la colonización, tal como se irá analizando a lo largo de este apartado.

El elemento identificador que distingue los movimientos de liberación nacional de los rebeldes, insurgentes o beligerantes, es la legitimidad que les confiere el Derecho internacional, porque lo pretendido por todo movimiento de liberación nacional es hacer valer el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Este derecho ha sido reconocido en la *Carta de Naciones Unidas* y considerado por su art. 1(1) como uno de los propósitos de las Naciones Unidas³²². Sin embargo, siguiendo la crítica de GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL, este derecho no está desarrollado en la Carta, instrumento que además acepta y regula el colonialismo mediante la creación de dos instituciones, a saber, los territorios no autónomos (arts. 73-74) y la administración fiduciaria (arts. 75-85)³²³.

Un instrumento internacional determinante en la regulación del principio de autodeterminación de los pueblos es la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, plasmada en la res. 1514 (XV) de la AGONU³²⁴. En esta resolución se condena al colonialismo, considerado contrario a los derechos humanos, a la Carta de Naciones Unidas, a la paz y cooperación mundial. Además, consagra el derecho de autodeterminación respecto a todo pueblo colonial, sin importar su grado de desarrollo o preparación³²⁵. También contempla una primera noción de este derecho, de acuerdo a la que su objeto es permitir a un pueblo determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural³²⁶. Finalmente, ordena el término de los territorios no autónomos y de la

Martinus Nijhoff, 1984, pp. 313-324. Para una reseña histórica de casos de conflictos de liberación nacional, vid. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., n. 9 en las pp. 133-134; GUTIÉRREZ ESPADA, /CERVELL HORTAL. op. cit., pp. 459 y siguientes.

³²² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, *Carta de las Naciones Unidas*, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año.

³²³ GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTAL. op. cit., pp. 461-462.

³²⁴ AGONU, *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, res. 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960.

³²⁵ Id., principio 1 y 3.

³²⁶ Id., principio 2.

administración fiduciaria y condena todo intento de quebrantar la unidad nacional y la integridad territorial de un país³²⁷.

En general existen tres formas de ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos en relación a los pueblos coloniales: la independencia, la asociación y la integración. La primera de estas modalidades está contemplada en la res. 1514 (XV) aludida anteriormente³²⁸, mientras que las otras dos fueron agregadas por la res. de la AGONU 1541 (XV)³²⁹. Estas dos últimas operan respecto de un Estado preexistente que puede ser el Estado metropolitano, esto es, aquel al que pertenecía el pueblo antes de ser colonizado, u otro Estado diferente. Cualquiera sea la modalidad de ejercicio de este derecho, es necesaria la consulta al pueblo afectado, debiendo hacerse de acuerdo a procedimientos democráticos³³⁰.

Ahora bien, el derecho de autodeterminación de los pueblos también ha sido cristalizado en los Pactos de Naciones Unidas sobre derechos humanos. El art. 1(1) de ambos tratados, redactado en términos idénticos, expresa ese reconocimiento de la siguiente manera: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*³³¹.

Asimismo, la *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*, señala que la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos constituyen un principio básico para fomentar la paz y la amistad entre los Estados, de modo que el ejercicio de la autodeterminación es legítimo a nivel internacional, tanto así que los Estados deben abstenerse de obstaculizar

³²⁷ Id., principio 5 y 6, respectivamente.

³²⁸ El término independencia es utilizado en muchos de los párrafos del preámbulo y en los principios 3, 4 y 5.

³²⁹ AGONU. *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta*, res. de 15 de diciembre de 1960, principio VI.

³³⁰ Id., principios VII-IX.

³³¹ *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos* (en adelante, *PIDCP*), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AGONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976; *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AGONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

o impedir la consecución de la liberación nacional. Incluso, es legítima también la resistencia ejercida por los pueblos contra tales impedimentos³³².

Otro instrumento internacional vinculado con esta materia, es la resolución de la AGONU que articula un conjunto de *Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas*. La importancia de esta resolución es la incorporación de una causal adicional que legitima el ejercicio del derecho de autodeterminación, esto es, la existencia de un régimen racista. En efecto, esta resolución califica la ocupación colonial y el *apartheid* como crímenes internacionales³³³.

Finalmente, en el ámbito del Derecho internacional humanitario el art. 1(4) del *PICG* señala que un conflicto armado cuyo origen arranca desde una lucha de liberación nacional es un conflicto armado internacional³³⁴, siendo obligatoria en tales contextos la aplicación de todos los estándares de protección plasmados en el Derecho internacional humanitario para esta clase de conflictos.

En relación a la regulación humanitaria del derecho a la libre determinación de los pueblos, CASSESE identifica algunos factores político-ideológicos que impulsaron la evolución de los movimientos de liberación nacional, destacando la búsqueda de reconocimiento o legitimidad internacional, la necesidad de tratar a los combatientes como beligerantes legales y no como una banda de criminales y las ventajas que la

³³² AGONU. *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*, res. 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970.

³³³ AGONU. *Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas*, resolución 3103 (XXVIII) del 12 de diciembre de 1973.

³³⁴ Incluso, el art. 96(3) del mismo *PICG*, cit., autoriza a la autoridad que representa al movimiento, comprometerlo a la aplicación de los *CG* y del Protocolo mediante la emisión de una declaración dirigida al depositario, esto es, el Consejo Federal Suizo. Para algunos ejemplos de movimientos que han hecho uso de esta facultad, vid. CLAPHAM. "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", cit., n. 11. Asimismo, el art. 7(4) de la *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*, aprobada el 10 de octubre de 1980 en Ginebra por la Conferencia de las Naciones Unidas del mismo nombre y entrada en vigor el 2 de diciembre de 1983, permite hacer una declaración para obligar al movimiento al cumplimiento de esa Convención, sus protocolos y los Convenios de Ginebra. Sin embargo, se han generado problemas interpretativos en la práctica, a causa del conservadurismo del Consejo Federal Suizo que ha rechazado este tipo de declaraciones, cuyos detalles pueden ser consultados en CLAPHAM. *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., pp. 273-274 y n. 11 y 14; CLAPHAM. "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", cit., p. 5, n. 14.

aplicación de los estándares humanitarios acarrear a la población civil, cuyo apoyo es indispensable para todo movimiento que emprende una lucha de esta naturaleza³³⁵.

De acuerdo a la regulación humanitaria, atendida la naturaleza del fin que persigue el movimiento de liberación nacional, es posible distinguir tres tipos³³⁶:

1. Los movimientos que pretenden la liberación de la dominación colonial.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se trata de pueblos coloniales que desean independizarse del Estado colonial para crear un Estado propio o para integrarse o asociarse a un Estado preexistente³³⁷.

2. Los movimientos que persiguen la liberación de la ocupación extranjera.

Esta modalidad fue agregada por el *PICG* y se refiere a pueblos que formaban parte de otro Estado o que poseían un *status* jurídico distinto de la potencia ocupante. Su objetivo es el mismo que el movimiento anterior, esto es, la independencia, integración o asociación, pero la causa que origina su nacimiento no es la dominación colonial, sino la ocupación de parte de un Estado extranjero³³⁸.

3. Los movimientos que luchan para la liberación de regímenes racistas.

³³⁵ Cfr. CASSESE. “Wars of national liberation and humanitarian law”, cit., pp. 313-314; WILSON, op. cit., p. 51.

³³⁶ CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 135-136. Este mismo autor, en su artículo “Wars of national liberation and humanitarian law”, cit., pp. 319-320, consideró que en la negociación del *PICG* se había perdido la oportunidad política para extender el ámbito de aplicación de ese instrumento a casos de regímenes de corte autoritario.

³³⁷ AGONU. *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*, cit., epígrafe “El principio de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos”.

³³⁸ Según WILSON, op. cit., pp. 167- 168, en la negociación del *PICG* la expresión “dominación extranjera” fue sustituida por “ocupación extranjera” a petición de algunos Estados latinoamericanos acusados por sus adversarios de ser dominados por poderes extranjeros. Por otra parte, la noción de ocupación extranjera no debe ser confundida con la de ocupación beligerante, ya contemplada en el art. 2(2) común a las *CG*. La primera puede operar respecto de territorios no integrados a Estados partes y además, debe ser interpretada de acuerdo a la *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*, cit., epígrafe “El principio de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos”, en cuanto debe tratarse de un régimen de “*sujeción de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras*”. De todas formas, esta última expresión, a mi juicio, es sumamente vaga y considerarla para fijar el contenido de esta categoría de movimiento de liberación no es de gran ayuda.

Son aquellos constituidos por pueblos a quienes se les niega el pleno acceso a un Estado soberano³³⁹.

Las dos primeras categorías de movimientos de liberación nacional se definen desde una perspectiva externa, en cuanto pretenden liberarse de la colonización u ocupación ejercida por un Estado extranjero. En cambio, si bien el último de los movimientos también puede ser definido desde una perspectiva externa, su elemento diferenciador es la posibilidad de aplicar un punto de vista interno, ya que su objetivo puede ser la participación de pleno derecho y sin discriminación al interior de un Estado³⁴⁰.

Sin embargo, pese al carácter privilegiado de estos movimientos, derivado de la legítima posición que ocupan en la comunidad internacional y a la abundante cantidad de instrumentos internacionales que le brindan un explícito reconocimiento, cabe señalar que el art. 1(4) del *PICG* no ha tenido una adecuada aplicación práctica. De modo similar a lo que ocurre con los insurgentes, en la *realpolitik* ningún Gobierno colonialista, racista o que ejerce una ocupación, desea que se le tilde de tal y para evitarlo suele alegar la existencia de fundamento jurídico para el ejercicio de la fuerza o de causas distintas a la liberación nacional. Una vez más, haber delegado la decisión en los Estados y no haber puesto en marcha una autoridad independiente e imparcial que emita un dictamen objetivo sobre la aplicación del *PICG*, ha tornado poco eficaz todo este andamiaje humanitario³⁴¹.

Para sortear este escollo, en la doctrina se ha intentado fundamentar el carácter consuetudinario del art. 1(4). En la negociación del protocolo, existen una serie de declaraciones de los representantes de los Estados así lo afirman y no hubo representante estatal que señalare lo contrario³⁴².

³³⁹ Según WILSON, op. cit., pp. 167, para que un supuesto de hecho sea subsumible a esta tipología de movimiento de liberación nacional, no es necesario un nivel tan descarnado como el régimen de apartheid sudafricano, sino que puede tratarse de un contexto menos intenso. Un indicador que puede ser considerado para la valoración del supuesto es la regulación electoral del Estado en cuestión.

³⁴⁰ CASSESE. *Diritto internazionale*, cit., p. 136.

³⁴¹ CASSESE. "Wars of national liberation and humanitarian law", cit., p. 324.

³⁴² CASSESE. "Wars of national liberation and humanitarian law", cit., pp. 321-322. En las pp. 323-324 de este mismo artículo, este autor argumenta que disposiciones de esta naturaleza, pese a no tener la aplicación práctica deseada, tienen un valor agitador y retórico que permite ejercer cierto grado de presión

En cuanto a los requisitos que necesita un movimiento de liberación nacional para la adquisición de cierto grado de subjetividad, en teoría no necesitan controlar un territorio o ser reconocidos por un Estado³⁴³. La aplicación del *PICG*, no exige requisitos específicos al movimiento de liberación nacional. De todas formas, se deduce de algunas disposiciones la necesidad de una autoridad relativamente organizada, que permita gestionar sus relaciones internacionales. Dichas disposiciones son los arts. 43(1) y 96(3). La primera de ellas, al definir las fuerzas armadas, dispone que estén “*colocados bajo un mando responsable [y] sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados*”, mientras que la segunda, al regular la declaración unilateral dirigida al depositario que compromete al pueblo empeñado en un conflicto armado al cumplimiento del Protocolo, exige que sea presentada por una autoridad que lo represente³⁴⁴.

1.3.3. Grupos de oposición armada.

Los agentes no estatales que no hayan sido reconocidos por un Estado y que no sean un movimiento de liberación nacional, pueden ser identificados, en general, como grupos de oposición armada³⁴⁵.

En principio, el Derecho aplicable a tales grupos está conformado por los estándares mínimos del Derecho internacional humanitario de los conflictos armados no internacionales, específicamente, el art. 3 común a los *CG* y el *Protocolo adicional a los*

política sobre los Estados que no pretenden aplicar esta normativa y exponer a la comunidad internacional su reprochable actitud.

³⁴³ Cfr. CLAPHAM. “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, cit., p. 4; CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 138. En opinión de este autor, si bien el territorio no es un requisito normativo influyente en el *status* subjetivo internacional, la gran mayoría de los movimientos de liberación nacional tiene entre sus objetivos intentar obtener el control de un territorio determinado.

³⁴⁴ Cfr. CASSESE. *Diritto internazionale*, cit., p. 139; WILSON, op. cit., pp. 165-166.

³⁴⁵ CLAPHAM. “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, cit., p. 6.

*Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*³⁴⁶.

La relación entre estas dos normas en relación al ámbito de aplicación de cada una de ellas, es un asunto muy complejo, que ha sido bastante debatido en la doctrina y que hasta la fecha no tiene una solución definitiva. La utilidad de estas disposiciones para el objeto de este trabajo, es la identificación de algunos elementos que pueden echar luz sobre la definición del grupo de oposición armada, elementos que a la vez se utilizan para valorar el ámbito de aplicación de estos instrumentos. Sin embargo, el análisis minucioso de este último tema se aleja sobradamente de los objetivos de esta investigación.

El *PIICG* establece en su art. 1(1) un umbral exigente en cuanto a su aplicación. Eso significa que este Protocolo sólo puede ser aplicado a los conflictos armados no internacionales que satisfacen todas las exigencias de dicha disposición. Por su parte, el art. 3 común, tiene un margen más amplio, porque puede ser aplicado a toda clase de conflicto armado no internacional, ya que no establece mayores exigencias normativas³⁴⁷.

Ahora bien, el problema se produce porque el *PIICG* especifica las características de las partes en conflicto, pero el art. 3 común no hace lo mismo, de modo que es muy difícil determinar cuándo debe aplicarse uno u otro instrumento³⁴⁸.

En base a la relación entre ambos instrumentos, deberían aplicarse de la siguiente manera. Formalmente el *PIICG* es adicional a los cuatro *CG*, porque conforme a su art. 1(1), “*desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*”. Lo anterior genera importantes consecuencias normativas, ya que los supuestos de hecho que cumplen las condiciones del *PIICG* activarán la aplicación de este instrumento, pero también del art. 3 común a los *CG*, porque la esfera de aplicación del primero está

³⁴⁶ Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados. *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978 (en adelante, *PIICG*).

³⁴⁷ JUNOD, Sylvie S. “Título I-Alcance del presente Protocolo”, en VV.AA., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, cit., pp. 86-87, párr. 4447.

³⁴⁸ Id., p. 87, párr. 4448.

comprendida en la del segundo. En otras palabras, el ámbito de aplicación del *PIICG* es un subconjunto del art. 3 común a los *CG*. Sin embargo, un conflicto de poca intensidad que no cumple los parámetros del *PIICG*, sólo activará la aplicación del art. 3 común, porque esta norma conserva una naturaleza autónoma, es decir, su aplicabilidad no está restringida ni condicionada por el ámbito de aplicación material del Protocolo³⁴⁹. Ahora bien, se entiende que la aplicación conjunta de ambos instrumentos sólo es procedente si los Estados involucrados en el conflicto armado son Parte tanto de los *CG* como del *PIICG*.

Sin embargo, los problemas aun no acaban, sino que se multiplican cuando se intenta diferenciar con claridad un conflicto armado no internacional de los disturbios interiores y tensiones internas. Todas estas dificultades se producen por la inexistencia de un mecanismo jurídico eficaz que permita valorar un determinado supuesto de hecho en uno u otro sentido. La actual es la peor de las soluciones posibles, porque son los Estados los que en definitiva valoran la situación y ya se ha comentado la renuencia estatal en reconocer cualquier clase de conflicto que se desarrolle dentro de sus fronteras territoriales. Ante este panorama, quizás, la existencia de definiciones objetivas podría ser de alguna utilidad³⁵⁰.

En doctrina, CASSESE ha sido muy crítico con estas fórmulas, calificándolas de ambiguas y defectuosas, más aun si se considera que el art. 3 común solo fija estándares mínimos de protección, a diferencia del *PIICG*, que contempla márgenes más amplios, agregando grupos de personas protegidas, estableciendo más garantías y sumando ámbitos materiales de protección³⁵¹. No se debe olvidar que, en definitiva, lo que está en juego es la aplicación de estándares humanitarios de protección, cuya puesta en práctica limita considerablemente los efectos perniciosos de los conflictos armados. Ante esta última observación cuesta aun más entender semejante caos normativo.

En cuanto al art. 3 común a los *CG*, su aplicación sólo exige que el “*conflicto armado [...] no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*”.

³⁴⁹ Cfr. Id., pp. 90-91, párr. 4457; SASSÒLI, cit.

³⁵⁰ MOIR, op. cit, pp. 34 y 45.

³⁵¹ CASSESE. “The Status Of Rebels Under The 1977 Geneva Protocol of Non-International Armed Conflicts”, cit., p. 418.

En cuanto al requisito negativo de la inexistencia de un conflicto armado internacional, cabe señalar que la intención de los redactores fue la de no cristalizar una definición, para incentivar una interpretación extensiva, amplia y flexible de la norma. La idea que está detrás de esta solución indica que cuánto más restringida hubiere sido la definición, más estricta hubiere sido también el ámbito de aplicación del *PIICG*. MOIR señala que pese a la inexistencia de un acuerdo unánime sobre la definición de conflicto armado internacional, su existencia se comprueba si existen tropas de varios Estados involucrados en el conflicto³⁵².

En cuanto al requisito del territorio, siendo hoy en día 194 los Estados Partes de los *CG*, –lo que implica una vigencia universal de los principios contenidos en este instrumento– prácticamente no existe en el globo un territorio que no pertenezca a alguna de las Altas Partes Contratantes³⁵³.

Ante la ausencia de definición de conflicto armado no internacional en el art. 3 común, mucho se ha especulado sobre las características que deben revestir las partes en el conflicto. PICTET, en el *Comentario* a esta disposición, utilizando los debates que se sucedieron en la negociación y las distintas propuestas de definición, estructuró un listado de “criterios convenientes” que pueden ser de utilidad para valorar la existencia de un eventual conflicto armado interno. Se trata de una actitud doctrinaria valorable en cuanto intenta objetivar una institución no definida, pero todos los criterios contenidos en el listado, han sido objeto de polémica³⁵⁴ y los que se refieren a la parte rebelde, en su gran mayoría, se asemejan muchísimo a los criterios considerados por el art. 1 del *PIICG*, que se analizarán más adelante. Los criterios del listado son los que siguen:

“a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado.

b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional.

³⁵² MOIR, op. cit., p. 32-34. Agrega el autor que en las relaciones interestatales, recurrir a la fuerza es la excepción, mientras que en las relaciones internas, es la regla.

³⁵³ El listado de los Estados parte puede ser revisado en la página web del CICR, disponible en <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P>>. [Consulta: 26 de junio de 2011].

³⁵⁴ Para los detalles sobre las polémicas doctrinarias sobre la eventual procedencia de cada uno de los criterios, vid. MOIR, op. cit., pp. 35-42.

- c) *Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra.*
- d) *Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio*³⁵⁵.

Por otra parte, para determinar si es procedente la aplicación del *PIICG* es indispensable valorar el contexto de violencia a la luz de su art. 1. Esta norma no sólo regula el ámbito de aplicación de este Protocolo, sino que además, parece brindar una definición de grupo de oposición armada, de modo que su explicación es indispensable para la comprensión del concepto de este grupo.

En efecto, esta norma aclara explícitamente que el Protocolo “*se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”. A su vez, el párrafo 2 de esta norma excluye del ámbito de aplicación del Protocolo “*las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados*”.

El requisito negativo de la inexistencia de un conflicto armado no internacional y del territorio, ya han sido explicados a propósito del art. 3 común.

En cuanto a las partes del conflicto, de la lectura del art. 1(1) *PICG* se deduce que se refiere a dos tipos de grupos: las fuerzas armadas disidentes y los grupos armados organizados.

De conformidad con el *Comentario del PIICG*, las fuerzas armadas disidentes están constituidas por una fracción del ejército gubernamental que se subleva³⁵⁶.

³⁵⁵ PICTET et al., op. cit., pp. 336-337.

³⁵⁶ JUNOD, op. cit., p. 92, párr. 4460.

A su vez, los grupos armados organizados son los que cumplen las exigencias plasmadas en el mismo art. 1(1) y explicadas en dicho *Comentario*. Tales exigencias son las siguientes:

1. Deben luchar contra las fuerzas armadas gubernamentales.

La acepción de “fuerzas armadas” es amplia y engloba a todo tipo de organismos que podrían conformar un ejército gubernamental, por ejemplo, la Guardia Nacional, Carabineros, Policía u otros³⁵⁷.

2. Tales grupos deben tener una cierta organización.

Es suficiente con que puedan realizar operaciones militares sostenidas y concertadas e imponer una cierta disciplina en nombre de una autoridad de hecho, sin que sea necesaria una jerarquía militar estricta³⁵⁸.

3. Deben ejercer un control sobre una parte del territorio.

No se especifica qué características debe tener el territorio objeto de control. Si la norma exige una organización tal que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las exigencias del *PIICG*, puede deducirse que la exigencia de estabilidad mínima en el control del territorio³⁵⁹. Sin embargo, sigue siendo un elemento ambiguo en cuanto a la identificación de su contenido.

4. Deben tener la capacidad para realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

El término “*sostenidas*” debe ser entendido como contrario a esporádico, mientras que “*concertadas*” implica cierto grado de acuerdo, pacto o preparación de las operaciones. Puede que estas características no existan al principio de las hostilidades, aunque en ese caso nada obsta a la aplicación del art. 3 común³⁶⁰. A mi juicio, se trata del único criterio ausente en el listado de “criterios convenientes” del *Comentario* al art.

³⁵⁷ Id., pp. 92-93, párr. 4462.

³⁵⁸ Id., p. 93, párr. 4463.

³⁵⁹ Id., pp. 93-94, párrs. 4465-4467.

³⁶⁰ Id., pp. 94-95, párr. 4469.

3 común. Se trata de un criterio que exige cierta intensidad al conflicto, pero es muy vago y sujeto a las más diversas interpretaciones.

5. Deben tener la capacidad para aplicar el *PIICG*.

Esta exigencia implica contar con una infraestructura mínima para acatar las exigencias humanitarias plasmadas en este cuerpo normativo, entre otras, cuidar a los enfermos o recluir a los prisioneros y darle un trato adecuado³⁶¹.

Recapitulando, entonces, tras la lectura y análisis de ambas disposiciones, la única diferencia que distingue ambas normas en cuanto a su ámbito de aplicación, es la definición contenida en el art. 1(2) del *PIICG*. Sin embargo, los elementos de esa definición coinciden en gran parte con los criterios convenientes enumerados por PICTET en su *Comentario*. Por ende, se confirma aun más la confusión sobre el ámbito de aplicación de ambas normas.

Ahora bien, pasando a otro punto la aplicación del *PIICG*, de acuerdo a su art. 1(2), no procede en casos de disturbios interiores y tensiones internas. Ni el *PIICG*, ni su *Comentario* contienen definiciones de estas hipótesis. Sólo brindan una lista de ejemplos muy heterogéneos entre sí que no contribuye al esclarecimiento de la cuestión, incluyendo “*los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; los otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o de sus opiniones*”³⁶².

Sin embargo, el CICR definió estas situaciones en la primera reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales de 1971³⁶³. Así, los disturbios interiores son “*situaciones en las que, sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin*

³⁶¹ Id., p. 88, párr. 4452 y p. 94, párr. 4466.

³⁶² Id., pp. 96-97, párr. 4474.

³⁶³ Cabe hacer presente que la actividad humanitaria del CICR no sólo se despliega en los conflictos armados, sino también, entre otros, en casos de disturbios internos, tal como lo confirma el art. 4(1)(d) de los nuevos *Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja*, aprobados el 24 de junio de 1998 por Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja y entrados en vigencia el 20 de julio de 1998.

*carácter internacional, existe sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno. El número elevado de víctimas ha hecho necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias”*³⁶⁴.

Por su parte las tensiones internas son “*situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.) o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores*”, que implican además, violaciones de derechos fundamentales mediante, entre otros, actos de detenciones arbitrarias, torturas y tratos crueles inhumanos o degradantes, suspensión de garantías judiciales y desaparición forzada de personas³⁶⁵.

Respecto de este punto es conveniente detenerse para esbozar algunas observaciones. Queda claro que estas situaciones no son materia de aplicación del Derecho internacional humanitario, más allá de la actividad humanitaria que el CICR pueda desarrollar al respecto. Sin embargo, nada obsta para la aplicación de las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos³⁶⁶, más aun si se tiene en consideración que en la represión de tales disturbios o tensiones, el Estado puede intervenir utilizando la fuerza para mantener el orden en el caso de los disturbios o como medida preventiva en el caso de las tensiones³⁶⁷. De esa manera, el Estado podrá incurrir en responsabilidad internacional si en la represión de las tensiones o los disturbios, sus agentes actúan violando derechos humanos.

³⁶⁴ CICR. “El CICR, la Liga y el Informe sobre la Reevaluación del Cometido de la Cruz Roja (III)”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, tercer año, nº 28, julio-agosto 1978, pp. 211.

³⁶⁵ Id., pp. 211-212.

³⁶⁶ JUNOD, op. cit., p. 99, párr. 4479.

³⁶⁷ Id., p. 98, párr. 4477.

Finalmente y como última reflexión, la doctrina considera que el *PIICG* puede ser directamente aplicado a los grupos de oposición armada, aunque se han ensayado diferentes justificaciones teóricas para explicar cómo las normas de Derecho internacional humanitario, destinadas en principio a los Estados, pueden aplicarse a sujetos no estatales que no han participado en la negociación del tratado, que no lo han suscrito y que no tienen la capacidad jurídica para ratificarlo³⁶⁸. La explicación detallada de cada una de esas teorías excede ampliamente los objetivos de este trabajo. Más allá de la justificación teórica, lo cierto es que todas ellas conducen a un mismo resultado, esto es, la aplicación del Derecho internacional humanitario a los grupos de oposición armada ya que el Protocolo confiere al Estado y a la parte insurrecta, los mismos derechos y obligaciones de índole estrictamente humanitaria³⁶⁹. Según FLECK, esta conclusión está en consonancia con la tendencia relativamente reciente en la codificación del Derecho internacional humanitario, que refleja una expansión de su dimensión convencional hacia los conflictos armados no internacionales³⁷⁰. Para CLAPHAM es posible extraer importantes consecuencias políticas de la aplicación del Derecho internacional humanitario a estos grupos. Entre ellas cabe destacar la adquisición de un reconocimiento internacional y la reducción del protagonismo de los Estados, cuya intervención no será indispensable para la vigencia del Derecho internacional humanitario³⁷¹.

³⁶⁸ Esto, descartando el sistema de declaraciones unilaterales de responsabilidad, cuya naturaleza es bien distinta a la ratificación de un tratado.

³⁶⁹ Cfr. JUNOD, op. cit., pp. 82-83, párrs. 4442-4444. Para una reseña de las teorías esbozadas por la doctrina, vid. CASSESE. "The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol of Non-International Armed Conflicts", cit., pp. 429-430. La justificación teórica defendida por este autor está basada en normas consuetudinarias codificadas en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada el 22 de mayo de 1969 por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entrada en vigor el 27 de enero de 1980, específicamente, en los arts. 34-36, que se refieren a efectos de los tratados respecto de terceros. Para los detalles de esta posición, vid. las pp. 420-429.

³⁷⁰ Para una reseña de los tratados internacionales en que se manifiesta esta tendencia, vid. FLECK. "Humanitarian Protection Against Non-State Actors", cit., 74-75. La aplicación directa del Derecho internacional humanitario a los grupos de oposición armada ha sido confirmada por la Special Court for Sierra Leone, AC, *Sam Hinga Norman*, Decision on preliminary motion Based on Lack of jurisdiction, SCSL-2004-14-AR72 (E), 31 de mayo de 2004, párr. 22.

³⁷¹ Cfr. CLAPHAM, *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 275; CLAPHAM. "Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto", cit., p. 6-7.

1.4. La fuerza del Derecho de los derechos humanos en el conflicto armado.

Enfrentar el desafío de reimaginar el Derecho internacional de los derechos humanos incorporando actores no estatales, obliga a la búsqueda de respuestas ante ciertas preguntas difíciles: ¿Es posible aplicar directamente el Derecho internacional de los Derechos humanos a los conflictos armados? ¿Tienen los grupos de oposición armada la obligación de no vulnerar derechos fundamentales? ¿Deben los Estados involucrados en conflictos armados internos, desempeñarse en ellos procurando respetar los derechos fundamentales? ¿Tienen los Estados algún tipo de responsabilidad por violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes no estatales?

Estas preguntas surgen a partir de dos grandes ejes de discusión: la responsabilidad internacional de actores no estatales por violaciones a los derechos humanos y estándares humanitarios y la responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas por particulares³⁷².

Dado que la discusión sobre la aplicación directa del Derecho internacional humanitario a los grupos de oposición armada ha generado cierto escepticismo, tal como se ha esbozado en los epígrafes anteriores, es fácil imaginar que la reflexión sobre la fuerza normativa del Derecho de los derechos humanos en esa clase de situaciones ha sido aun más polémica.

De acuerdo al considerando segundo del Preámbulo del *PIICG*, “*los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental*”. El sentido de estas palabras no requiere esfuerzos hermenéuticos para ser comprendido. Está claro que el Derecho internacional de los derechos humanos puede ser aplicado aun en tiempo de guerra. De acuerdo al *Comentario*, cuando el Preámbulo habla de instrumentos internacionales quiere hacer referencia a los instrumentos aprobados por Naciones Unidas y los “*instrumentos zonales de protección*”³⁷³.

FLECK ha subrayado que la importancia de los derechos humanos en las operaciones militares ha sido desestimada, porque tanto a nivel internacional como a

³⁷² CLAPHAM, *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 2.

³⁷³ JUNOD, “Comentario al Preámbulo”, en VV.AA., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, cit., p. 75, párr. 4428.

nivel interno, se ha pretendido separar tajantemente el Derecho humanitario del Derecho de los derechos humanos. El argumento más utilizado para fundamentar esta diferenciación es el carácter de *lex specialis* del Derecho internacional humanitario, en cuanto dotado de suficiente autonomía para otorgar respuestas jurídicas al problema de la guerra. En los tratados internacionales sobre derechos humanos no es fácil encontrar disposiciones que se refieran a violaciones cometidas por agentes no estatales. Es más, muchos de ellos contemplan la posibilidad de suspender derechos fundamentales durante la vigencia de conflictos armados. Basta mencionar, a modo de ejemplo, el art. 4 del *PIDCP*, el art. 15 de la *Convención Europea de Derechos Humanos* (en adelante, *CEDH*) y el art. 27 de la *CADH*. Ni siquiera a nivel dogmático los textos tradicionales de Derecho internacional humanitario tratan el tema de la operatividad de los derechos humanos en conflictos armados³⁷⁴.

MOIR demuestra cierto escepticismo sobre la capacidad de los agentes no estatales para acatar los derechos humanos, porque dichos sujetos carecen de medios suficientes para satisfacer cierta clase de derechos que demandan la instalación de complejas estructuras institucionales, por ejemplo, el derecho a un debido proceso³⁷⁵. Si bien el argumento no deja de tener cierta razón, cabe preguntarse si todos los Estados están dotados de la capacidad organizacional como para dar cabal cumplimiento a todos los derechos fundamentales. Al pasar revista a los niveles de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, seguramente los resultados serán poco

³⁷⁴ FLECK. "Humanitarian Protection against Non-State Actors", cit., p. 78-79. En cuanto a las disposiciones citadas, el art. 15(1) del *CEDH*, adoptado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953, prescribe: "*1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional*"; el art. 4(1) del *PIDCP*, cit., señala: "*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*"; el art. 27(1) de la *CADH*, cit., dispone: "*En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*".

³⁷⁵ MOIR, op. cit., p. 196.

alentadores. Esa falta de capacidad o voluntad, no es suficiente para eximir los sujetos no estatales de hacer todo lo que esté a su alcance para respetar los derechos. Concluir de otro modo, hundiría el discurso de los derechos humanos en el más absurdo de los sinsentidos. Tal como señala CLAPHAM, más que centrar la atención en las obligaciones que los actores no estatales no pueden cumplir, hay que focalizarse sobre aquellas obligaciones que pueden ser satisfechas de acuerdo al contexto³⁷⁶.

Pero no todos los autores son escépticos en cuanto a la vigencia del Derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. El mismo FLECK, por ejemplo, cree en la existencia de una tendencia relativamente reciente que califica los agentes no estatales como sujetos obligados a no cometer violaciones de derechos humanos, porque no puede sostenerse que tales sujetos tengan derechos fundamentales sin amarrarlos a la responsabilidad por la no vulneración de los mismos³⁷⁷.

Quizás este autor está en lo cierto, dada la existencia de práctica internacional que confirma parte de sus afirmaciones. La AGONU, por ejemplo, ha emitido resoluciones reconociendo la vigencia de los derechos humanos en casos de conflictos armados, entre otras, la resolución que fija los *Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*³⁷⁸.

En 1999 el Instituto de Derecho Internacional sostuvo que en un conflicto armado interno no sólo es aplicable el Derecho internacional humanitario, sino también el Derecho internacional de los derechos humanos, de modo que todas las partes involucradas en el conflicto, con independencia del *status* internacional que detenten, están obligadas a respetar las normas y principios de estas dos ramas del Derecho internacional³⁷⁹.

Tras analizar abundante práctica del CS relativa a situaciones de conflictos armados internos en lugares como Afganistán³⁸⁰, Guinea-Bissau³⁸¹, Liberia³⁸² y Costa

³⁷⁶ Cfr. CLAPHAM. *Human rights obligations of Non-State actors*, cit., p. 284; CLAPHAM. “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, cit., p. 14.

³⁷⁷ FLECK. “Humanitarian Protection against Non-State Actors”, cit., p. 79.

³⁷⁸ AGONU. *Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*, res. 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970.

³⁷⁹ Institut de Droit International, op. cit., punto n° II.

de Marfil³⁸³, CLAPHAM concluye que este órgano “supone que los actores no estatales tienen obligaciones internacionales en virtud del derecho internacional humanitario de los conflictos armados y el derecho de los derechos humanos” y que defiende la aplicación directa de estas ramas del Derecho internacional en contextos de conflictos armados no internacionales³⁸⁴.

Otros antecedentes importantes en esta misma línea, pueden ser hallados en los informes de algunas comisiones de la verdad. Por ejemplo, en el informe *Memoria del Silencio* de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, se determinó la sujeción de los insurrectos al Derecho humanitario y al Derecho de los derechos humanos, aun en las etapas previas del conflicto que no alcanzaban el umbral de conflicto armado no internacional³⁸⁵. Para TOMUSCHAT, quien presidió la referida Comisión, se trata de un hito histórico ya que en épocas anteriores era impensable que grupos sin un reconocimiento internacional y sin un *status* oficial, pudieran ser considerados violadores de derechos humanos³⁸⁶. Asimismo, el informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona concluyó que varios agentes no

³⁸⁰ Respecto de la situación en Afganistán, el CS dispuso que todas las partes del conflicto, incluidos los talibanes, debían respetar el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. res. 1214 (1998) de 8 de diciembre de 1998, párr. 12 del Preámbulo; res. 1193 (1998) de 28 de agosto de 1998, párr. 12; res. 1378 (2001) de 13 de noviembre de 2001, párr. 10 del Preámbulo y párr. 2.

³⁸¹ De la misma índole, sus recomendaciones en el conflicto de Guinea-Bissau entre la autoproclamada junta militar de 1998 y las otras partes del conflicto, de acuerdo a la res. 1216 (1998) de 21 de diciembre de 1998.

³⁸² Vid., res. 1509 (2003) de 19 de septiembre de 2003, en la que el CS exigió a todas las partes que pongan fin a la utilización de niños soldados y a las violaciones de derechos humanos cometidas contra la población civil.

³⁸³ En cuanto a la situación de Costa de Marfil, el CS dispuso que las partes del conflicto y el Gobierno de Reconciliación Nacional respetaren el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos. Vid. res. 1479 (2003) de 13 de mayo de 2003; res. 1528 (2004) de 27 de febrero de 2004, párr. 6 del Preámbulo.

³⁸⁴ CLAPHAM. “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, cit., pp. 10-11.

³⁸⁵ Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala. *Guatemala Memoria del Silencio. Tz’inil Na’Tab’Al. Conclusiones y recomendaciones* [En línea]. Disponible en <<http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/report/spanish/toc.html>>, párrs. 127-128. [Consulta: 26 de junio de 2011].

³⁸⁶ TOMUSCHAT, op. cit., p. 262.

estatales habían incurrido en violaciones de derechos humanos, entre otros, el grupo de rebeldes Frente de Unión Revolucionario³⁸⁷.

En cuanto a ciertos órganos de monitoreo de derechos humanos, también existe práctica internacional interesante e innovadora que confirma la tesis de la aplicación directa y conjunta del Derecho humanitario y del Derecho de los Derechos Humanos a actores no estatales. En el informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre Nepal, se realiza un análisis acucioso sobre eventuales violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales. Se trata de un buen ejemplo de complementariedad entre Derecho humanitario y Derecho de los derechos humanos, porque de acuerdo a lo que se deduce del informe, es dudoso que las violaciones hayan tenido lugar en un contexto que satisficiera los umbrales normativos de los conflictos armados no internacionales. Pese a ello, las violaciones se analizan desde una perspectiva de derechos humanos³⁸⁸. Este supuesto permite hacerse una idea sobre las utilidades prácticas que pueden extraerse de la utilización de los Derechos humanos en situaciones de aparente conflicto armado.

Philip ALSTON, en su calidad de Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en un informe de 2006 sobre la misión en Sri Lanka, afirmó sin tapujos que tanto el Gobierno como los Tigres de Liberación de Eelam Tamil deben cumplir con las disposiciones humanitarias y de derechos humanos. Agrega que los derechos fundamentales operan en tres niveles en ese tipo supuestos:

1. como derechos de los seres humanos;
2. como obligaciones de los Estados;
3. como exigencias de la comunidad internacional.

Si bien el actor no estatal no ha asumido una obligación internacional de respetar y garantizar los derechos fundamentales, queda sujeto a la demanda de la comunidad

³⁸⁷ Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission, *Witness to truth*. 3 vols. 2004, vol. II, párrs. 106-107 y 115. Según el informe los rebeldes fueron responsables del 60,5% del total de las violaciones.

³⁸⁸ ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Servicios de Asesoramiento y Cooperación Técnica en Materia de Derechos Humanos*. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las actividades de su Oficina, incluida la cooperación técnica, en Nepal. E/CN.4/2006/107 (16 de febrero de 2006), párrs. 45-61. Entre los agentes no estatales considerados en el informe, se incluye al Partido Comunista de Nepal (maoísta); a un grupo de represalia antimaoísta supuestamente integrado por civiles, denominado Pratikar Samiti y a un grupo similar a un escuadrón de la muerte denominado Fuerza Especial de los Tigres.

internacional, demanda cristalizada en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* respecto de cada integrante de la sociedad humana³⁸⁹.

Este mismo enfoque tripartito fue asumido también por el informe conjunto sobre el Líbano e Israel, que considera Hezbolá un agente no estatal, pero obligado a respetar las normas sobre derechos humanos³⁹⁰.

En opinión de CLAPHAM, la aplicación de los derechos humanos en contextos de conflictos armados puede acarrear ciertas ventajas provechosas para la protección del ser humano. El Derecho internacional de los derechos humanos es aplicable con independencia de la existencia de un conflicto armado, de modo que sus estándares de protección pueden regir más allá de la discusión sobre los umbrales normativos que definen los conflictos armados y que determinan la aplicación del Derecho internacional humanitario. Además, el Derecho internacional de los derechos humanos regula un abanico de mecanismos de protección que podrían ser de mucha utilidad en un contexto de conflicto y ser aplicados con cierta eficacia³⁹¹.

La gran crítica que todo especialista dirige al Derecho internacional humanitario es la carencia o precariedad de mecanismos de coerción. Se trata de un Derecho excesivamente codificado, obsesivamente regulador y casuístico, pero del todo inerte a la hora de imponer el cumplimiento de sus disposiciones. Autores como ZELLWEGER y KOLLER, no sólo han identificado los principales defectos de la falta de eficacia del Derecho internacional humanitario –entre los que se puede mencionar el estadocentrismo, carencia de voluntad política de los Estados, ámbitos muy limitados de

³⁸⁹ ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias*. Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum: mission to Sri Lanka (28 de noviembre a 6 de diciembre de 2005). E/CN.4/2006/53/Add.5 (27 de marzo de 2006), párrs. 24-25. Por ejemplo, en los párrs. 28-29, se señala que el Derecho de los derechos humanos complementa el Derecho humanitario estableciendo límites infranqueables al ejercicio de la fuerza letal, en cuanto no puede ser empleada contra un ser humano por manifestar un derecho fundamental y sólo puede emplearse como último recurso, incluso en tiempo de guerra, de modo que su ejercicio está prohibido a menos que sea estrictamente necesario.

³⁹⁰ HRC, *Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos"*. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt; el representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; y el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari. Misión al Líbano y a Israel (7 a 14 de septiembre de 2006). A/HRC/2/7 (2 de octubre de 2006), párrs. 15-16 y 19.

³⁹¹ CLAPHAM, *Human rights obligations of Non-State actors*, op. cit., p. 285.

protección, umbrales de aplicación demasiado exigentes–, sino que también han analizado las imperfecciones de algunos mecanismos alternativos a través de los que se ha intentado conseguir algún resultado, v. gr., declaraciones unilaterales de responsabilidad, acuerdos especiales entre los Estados y los actores no estatales, la participación de éstos en la negociación de los tratados internacionales y los códigos de autorregulación³⁹².

Tras el desarrollo de este epígrafe queda claro que la cuestión del Derecho aplicable a los actores no estatales no ha sido resuelta de modo definitivo. La determinación de los derechos y obligaciones de un sujeto la comunidad internacional es un asunto que obliga a reflexiones en términos de subjetividad internacional.

En palabras de KLABBERS, *“because it is always possible to use violence in the service of a good political cause, the law cannot make up its mind as to whether those using violence are to be treated as lawful combatants or as criminals”*³⁹³. Esta cita tiene la intención de destacar que lo político no puede ser dissociado totalmente de lo jurídico en el discurso internacional sobre los agentes no estatales, pero lo cierto es que el Derecho internacional debe ser capaz de encontrarle un acomodo, especialmente, a los grupos más violentos, porque tal como señala el profesor de la Universidad de Helsinki, *“A legal system which treats actors as second-rank citizens should not be surprised that those second-rate citizens aim to upgrade their status and the shortest route to being heard and being taken seriously is through violence”*³⁹⁴.

³⁹² ZELLWEGGER, Valentin/KOLLER, David. “Non-State Actors, International Criminal Law and the role of the International Criminal Court”, en VV.AA., *Human rights, democracy and the rule of law*. Liber amicorum Luzius Wildhaber. Stephan Breitenmoser, [Bernhard Ehrenzeller](#), Marco Sassòli, Walter Stoffel y Beatrice Wagner Pfeifer (eds.). Baden: Dike-Nomos, 2007, pp. 1621-1627.

³⁹³ KLABBERS, op. cit., p. 43: [porque siempre es posible usar la violencia al servicio de una buena causa política, el Derecho no puede decidirse si los que usan la violencia han de ser tratados como combatientes legales o como criminales].

³⁹⁴ Id., pp. 54-55: [un sistema jurídico que trata algunos actores como ciudadanos de segunda clase, no debería sorprenderse que esos ciudadanos de segunda clase pretendan elevar la categoría de su *status* y la ruta más corta para ser oído y ser tomados en serio, es la violencia].

2. LA IMPUTABILIDAD DE ACTOS COMETIDOS POR AGENTES NO ESTATALES.

En esta segunda parte del presente capítulo, se analizarán las reglas de imputación aplicables ante hipótesis de hechos cometidos por agentes no estatales. Para tal efecto, se analizarán las reglas codificadas en el *Proyecto de la CDI* y el estándar de diligencia debida. Procediendo de esa forma, se dará cuenta general de la entidad de cada regla, para luego analizar si pueden ser aplicadas a supuestos de desapariciones forzadas.

Es necesario aclarar una cuestión esencial para la comprensión adecuada de estas estructuras de imputación. Desde luego, lo que se imputa al Estado, en esencia, no es un hecho o comportamiento de un agente no estatal, sino un hecho o comportamiento de un órgano estatal. En efecto, en las reglas del *Proyecto de la CDI* que se remiten a agentes no estatales, los comportamientos ejecutados por tales sujetos son asimilados a los de un Estado, por las razones que se explicarán a continuación. Por su parte, en relación con la debida diligencia, lo que se imputa es el comportamiento de un órgano estatal que no ha sabido desempeñarse de manera adecuada en relación con sus obligaciones ante ciertos hechos cometidos por agentes no estatales.

Todo lo anterior se condice con el principio básico de responsabilidad internacional del Estado, conforme al cual no puede haber imputabilidad de actos que no sean ejecutados por agentes bajo su control.

2.1. Las reglas de imputabilidad establecidas en el *Proyecto de la CDI*.

En el *Proyecto de la CDI* existen dos reglas de imputación que pueden tener mucha utilidad para valorar la responsabilidad internacional del Estado ante comportamientos realizados por sujetos no estatales. La primera de esas reglas se establece en relación a los comportamientos de particulares realizados durante el desarrollo de una lucha insurreccional o de otra índole, mientras que la segunda se refiere a situaciones de ausencia o defecto de autoridad estatal. A continuación se dará cuenta de cada una de estas reglas de imputación.

2.1.1. Movimiento insurreccional o de otra índole.

Las reglas de imputación para casos de comportamientos de movimientos insurreccionales o de otra índole están plasmadas en el art. 10 del *Proyecto de la CDI*.

Dicha disposición prescribe lo siguiente: “1. *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.*

2. *El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.*

3. *El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9”.*

Para demarcar el ámbito de aplicación de esta norma de atribución, es necesario intentar dilucidar el sentido de la expresión “*movimiento insurreccional o de otra índole*”. Desde un principio, cabe despejar algunas cuestiones. La primera es que la eventual legitimidad internacional del movimiento no tiene importancia para la valoración de la imputabilidad del Estado, porque lo determinante es la licitud o ilicitud del comportamiento concreto³⁹⁵. La segunda es que el reconocimiento internacional obtenido por el movimiento, tampoco tiene influencia para la valoración de la imputabilidad, de modo que no importa que el movimiento haya obtenido o no alguna clase de reconocimiento internacional para los efectos de valorar la concurrencia de la imputabilidad³⁹⁶. La tercera y última, es la importancia del logro de los objetivos que el movimiento se propone para los efectos de la aplicación de norma. En efecto, el movimiento debe dar lugar a un nuevo Gobierno o nuevo Estado. De hecho, la norma contempla dos reglas que corresponden a cada uno de estos supuestos.

Los *Comentarios del Proyecto de la CDI* aceptan la dificultad de construir una definición de esta clase de movimientos y no contemplan una noción, ni se refieren a actores no estatales en concreto. Simplemente aluden a una gama de situaciones ejemplificativas que guardan relación con agentes no estatales, incluyendo en tales

³⁹⁵ Cfr. *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario n° 11; ATLAM, Hazem. “National liberation movements and international responsibility”, en VV.AA., *United Nations Codification of State Responsibility*. Marina Spinedi y Bruno Simma (eds.). New York: Oceana, 1987, pp. 38-39.

³⁹⁶ CLAPHAM, “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, cit., p. 21.

situaciones “*una conflictividad interna limitada, una verdadera situación de guerra civil, una lucha anticolonial, la actuación de un frente de liberación nacional, movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, etc.*”³⁹⁷. Desde ya, cabe observar que la diversidad de las situaciones ejemplificadas, claramente no ayuda a la construcción de un concepto con delimitaciones precisas, en tanto que la lista es meramente ejemplificativa y carece de carácter taxativo.

Además de los ejemplos enunciados, los *Comentarios* señalan que “*pese a esta diversidad, el límite señalado para la aplicación del derecho de los conflictos armados en el Protocolo adicional II de 1977 puede servir de pauta*” y que la “*definición de fuerzas armadas disidentes refleja, en el contexto de los Protocolos, la idea fundamental de un movimiento insurreccional*”³⁹⁸. La definición del *PIICG* ya ha sido analizada en este capítulo³⁹⁹, por lo me remito a ella.

Dicho todo lo anterior, parece ser que ni el *Proyecto de la CDI* ni sus *Comentarios* resuelven de modo determinante a qué clase de actores no estatales y en qué clase de situaciones pueden aplicarse las reglas de atribución contemplados en el art. 10. Surgen muchas preguntas acerca de la adecuada interpretación de esta norma. La norma sólo utiliza la expresión “o de otra índole” para uno de los supuestos de aplicación. ¿Esto significa que respecto del primer supuesto debe manejarse un concepto más restringido, mientras que el segundo supuesto autoriza el uso de una noción más amplia? Por otra parte, no se aclara si la definición del *PIICG* debe ser obligatoriamente aplicada o si sirve sólo como criterio guía. Tampoco se señala si rige para ambos supuestos o sólo para uno de ellos. Finalmente, la definición del *PIICG* es sumamente exigente. ¿Ello quiere decir que la responsabilidad del Estado sólo surge cuando el movimiento insurreccional tiene características tales que permiten satisfacer todos y cada de los requisitos del Protocolo o basta con que tenga un cierto nivel de organización y logre el objetivo de formar un nuevo Gobierno o nuevo Estado?

A mi juicio, la noción “*movimientos insurreccionales o de otra índole*” debe ser entendida en un sentido amplio. La única limitación que la norma impone es el logro de los objetivos del movimiento, porque lo que se pretende es imputar sólo si se mantiene

³⁹⁷ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario nº 9.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Vid. *supra* 1.2.3.

una relación de continuidad. Esta interpretación, además, es coherente con la nula influencia de la legitimidad del movimiento, porque la imposición de limitaciones a este respecto, restringirían el campo conceptual del movimiento y el ámbito de aplicación de la norma.

Ahora bien, la norma en análisis contemplan dos reglas de imputabilidad que corresponden a dos diferentes supuestos; a saber⁴⁰⁰:

1. Movimiento insurreccional que da lugar a un nuevo gobierno.
2. Movimiento insurreccional que da lugar a un nuevo Estado.

El primer supuesto, regulado en el primer párrafo del art. 10, se configura cuando la organización dirigente del movimiento insurreccional da lugar a un nuevo Gobierno. El Estado no ha dejado de existir como sujeto internacional, sino que sólo se ha producido una readaptación de su estructura organizacional interna o, en otras palabras, el cambio de sus dirigentes.

Por ende, existe una relación de continuidad entre el movimiento y el nuevo Gobierno, continuidad que sumada a la subsistencia del Estado, justifica y fundamenta su imputabilidad por los comportamientos realizados por el movimiento⁴⁰¹.

Por su parte, el segundo supuesto, regulado en el párrafo 2 de la norma en análisis, se refiere a casos de secesión o descolonización de parte del territorio del Estado que estaba sometido a la soberanía de un Estado predecesor. El objetivo del movimiento es formar un nuevo Estado. Sus dirigentes, por regla general, serán los del movimiento insurreccional.

La atribución sólo afecta al nuevo Estado, mientras que al Estado predecesor no le empecen los hechos ejecutados por el movimiento durante la lucha. Esta solución también se justifica en una relación de continuidad entre el movimiento y el nuevo Estado⁴⁰².

⁴⁰⁰ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario n° 1.

⁴⁰¹ Id., comentario n° 5.

⁴⁰² Id., comentarios n° 6 y 8.

CASSESE ha subrayado que el movimiento insurreccional posee un carácter provisorio o efímero, porque está destinado a desaparecer de una manera u otra. En efecto, si consigue sus objetivos, da lugar a un nuevo Gobierno o nuevo Estado. También puede ocurrir que durante la lucha adquiera cierto grado de subjetividad internacional mediante el reconocimiento de insurgencia o beligerancia. Su peor suerte puede ser la derrota, esto es, ser sofocado por el Gobierno del Estado contra el que luchaban. En todos estos casos, el movimiento se extingue, porque formalmente se convierte en una institución distinta o porque se transforma en un sujeto diferente o simplemente porque deja de existir tan pronto sea vencido. La consecuencia de este carácter provisional es la imposibilidad de ejercer los derechos inherentes al carácter permanente de los sujetos internacionales. Por ejemplo, no pueden disponer del territorio bajo su control, porque no poseen una verdadera soberanía sobre el mismo, sino sólo un control *de facto*. En definitiva, su capacidad internacional es limitada⁴⁰³.

Esta observación guarda cierta relación con las reglas de imputabilidad. Cabe observar que en estos casos, la atribución sólo es posible si el movimiento es exitoso, es decir, si se convierte en un nuevo Estado o nuevo Gobierno. En efecto, no se establece regla de atribución alguna respecto de movimientos no exitosos⁴⁰⁴. El *Proyecto de la CDI* tampoco establece supuestos de responsabilidad del movimiento en sí y no podría hacerlo porque su ámbito competencial sólo se extiende hasta la responsabilidad de los Estados⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Cfr. CASSESE, *International law in a divided world*. cit., p. 84; CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 130.

⁴⁰⁴ ATLAM, op. cit., p. 37. El *Comentario del Proyecto de la CDI*, cit, art. 10, comentario nº 2, utiliza la terminología poco ortodoxa de “movimientos fracasados”.

⁴⁰⁵ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario nº 16, aunque no excluye otras clases de responsabilidades con arreglo al Derecho internacional. Piénsese, v.gr., a la responsabilidad penal internacional. Señala SASSÒLI, op. cit., que “*El derecho internacional humanitario confiere implícitamente a las partes en conflictos armados no internacionales, tanto si tienen finalmente éxito como si no, la personalidad jurídica internacional funcional necesaria para ejercer los derechos y las obligaciones que se estipulan en sus normas. Cabe recordar que las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas por esas partes acarrear su responsabilidad jurídica internacional, lo cual reviste particular importancia por lo que respecta a los derechos y deberes correspondientes de terceros Estados en caso de que se perpetren tales violaciones*”.

En esta misma línea, la solución de ambas reglas de imputabilidad es bastante estatocéntrica, porque la atribución viene justificada por una relación de continuidad entre el movimiento y el nuevo Gobierno o nuevo Estado⁴⁰⁶.

Tanto es así, que los *Comentarios* se encargan de excluir del ámbito de aplicación de la norma los supuestos que no satisfacen esta relación, porque las estructuras del movimiento y del Estado se mantienen independientes entre sí⁴⁰⁷.

En primer lugar, los movimientos insurreccionales o de otra índole no incluyen simples grupos de ciudadanos que abogan por la secesión, la revolución o la anexión de un territorio de un Estado a otro Estado. Se trata de hipótesis en las que se supone que no existe continuidad⁴⁰⁸.

En segundo lugar, la norma no se extiende a supuestos de gobiernos de reconciliación nacional constituidos a raíz de un acuerdo entre las autoridades preexistentes y los dirigentes del movimiento insurreccional. Se trata de un supuesto híbrido que constituye un punto intermedio entre movimientos insurreccionales que fracasan en el logro de sus objetivos y los que sí logran sus propósitos. En general, los gobiernos de reconciliación nacional surgen en virtud de un acuerdo de paz que pone término a un conflicto armado. Entre las concesiones recíprocas realizadas por los bandos beligerantes, se suele acordar que algunos de los dirigentes del movimiento insurreccional ocupen cargos públicos de relevancia en la estructura estatal preexistente. Pues bien, de acuerdo a los *Comentarios*, los comportamientos del movimiento no podrían ser atribuidos al Estado, porque no existiría una relación de “*continuidad real y sustancial*” entre ambos, a diferencia de los supuestos anteriores⁴⁰⁹.

En tercer lugar, tampoco es posible atribuir a un Estado el comportamiento de un movimiento insurreccional mientras esté vigente su lucha contra la autoridad⁴¹⁰. Para los efectos de valorar la atribución, los *Comentarios del Proyecto de la CDI* diferencian distintas etapas evolutivas de estos movimientos, trazando una diferencia entre una etapa originaria y etapa de consolidación. Parece ser que se trata de una distinción

⁴⁰⁶ ATLAM, op. cit., pp. 38-39.

⁴⁰⁷ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario n° 4.

⁴⁰⁸ Id., comentario n° 10.

⁴⁰⁹ Id., comentario n° 7.

⁴¹⁰ ATLAM, op. cit., p. 36.

inspirada en el nivel de organización del movimiento. De todas formas, en ninguno de los dos casos, sus comportamientos son atribuibles al Estado, porque en cuanto al movimiento en etapa originaria, es posible asimilarlo a un motín o a disturbios internos de menos intensidad⁴¹¹, mientras que respecto de un movimiento consolidado, el Estado no podría ser responsabilizado porque no detenta ningún tipo de control sobre la situación⁴¹². Por otra parte, no existe una relación de continuidad entre movimiento y Estado, simplemente porque el movimiento aun no ha surgido en su plenitud o porque pese a su consolidación, no ha logrado conseguir sus objetivos. Para que haya continuidad –y por tanto, imputabilidad– la consecución de los objetivos parece ser *conditio sine qua non*.

En cuarto y último lugar y aunque los *Comentarios* no hablen de ello, los enfrentamientos entre varias facciones sin la intervención de las fuerzas armadas gubernamentales también estarían excluidas del ámbito de aplicación de la norma. Este supuesto puede ocurrir cuando un Gobierno ha perdido la presencia en un territorio determinado o se encuentra en una situación de debilidad que no le permite intervenir. Tampoco ha existido un tratamiento adecuado de la cuestión en el Derecho internacional humanitario. En efecto, la redacción actual del art. 1(1) del *PIICG* no permite incluirlos en la órbita de ese cuerpo normativo. Si bien en los trabajos preparatorios del Protocolo se propuso su incorporación, muchos consideraron que se trataba de problemas puramente teóricos, pese a que el CICR se había enfrentado a casos de esa naturaleza. De todas formas y aunque no sirve de consuelo, en tales situaciones podrá ser aplicado el art. 3 común a los *CG*, ya que esta disposición no especifica cuáles deben ser las partes en el conflicto⁴¹³.

Ahora bien, en todos los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la norma, nada impide que el Estado pueda ser responsabilizado por infringir su obligación de prevención al actuar negligentemente en la represión del movimiento, de acuerdo a lo señalado en el párrafo 3 del art. 10 del *Proyecto de la CDI*⁴¹⁴.

⁴¹¹ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario nº 2.

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ PICTET, op. cit., párr. 4461.

⁴¹⁴ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 10, comentario nº 3 y 15. El tema de la diligencia debida será analizado en el 2.2. del presente capítulo.

En la práctica arbitral el espíritu de la norma está bastante asentado. Por ejemplo, en el laudo *Bolívar Railway Company* se establece la responsabilidad internacional del Estado venezolano por los comportamientos realizados durante la lucha por un movimiento insurreccional exitoso, en perjuicio de una compañía de ferrocarriles británica, fundamentándose la decisión en la permanencia e inmutabilidad de la responsabilidad estatal pese a los cambios de gobiernos y en el hecho de que una revolución exitosa representa *ab initio* un cambio de la voluntad que se cristaliza en un resultado final favorable⁴¹⁵. En esa misma línea, también la resolución arbitral *French Company of Venezuelan Railroads* de la French-Venezuelan Commission y en el caso *Dix* de la American-Venezuelan Commission, en las que también se recalca la necesidad del éxito del movimiento para la configuración de responsabilidad estatal⁴¹⁶.

En el laudo *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) vs. Great Britain*, se aplica el mismo principio para rechazar la declaración de responsabilidad del Estado británico, por los daños causados a una organización religiosa estadounidense por un movimiento insurreccional en Sierra Leona. En este caso, incluso se argumentó que Gran Bretaña había empleado la diligencia requerida para intentar sofocar la rebelión pese a la prontitud con que se desencadenaron los hechos, aplicando claramente un razonamiento de diligencia debida⁴¹⁷.

2.1.2. Ausencia o defecto de autoridades oficiales.

Otro de los supuestos regulados en el *Proyecto de la CDI* en relación a comportamientos de agentes no estatales, es el de la responsabilidad internacional del Estado por hechos cometidos en ausencia o defecto de sus autoridades oficiales.

⁴¹⁵ British-Venezuelan Commission. *Bolívar Railway Company Case*, 1903, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, 2006, p. 453. Incluso, para reafirmar la idea de continuidad, el laudo recurre al lema “*El Rey ha muerto, larga vida al Rey*”, que entre otras cosas, simbolizaba la idea de continuidad de la monarquía con independencia del individuo que la encarna.

⁴¹⁶ Cfr. French-Venezuelan Commission. “«French Company of Venezuelan Railroads», 31 de Julio de 1905”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 2006, p. 354; American Venezuelan Commission. “«Dix Case», 1903-1905”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, 2006, p. 119, respectivamente.

⁴¹⁷ “«Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) vs. Great Britain», 19 de diciembre de 1920”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, 2006, p. 44.

Efectivamente, el art. 9 del *Proyecto de la CDI* dispone: “*Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones*”.

Se trata de una situación en la que los agentes no estatales asumen autónomamente el ejercicio del poder público para el desarrollo de algunas acciones de emergencia, sin la existencia de ningún tipo de vinculación previa con la autoridad estatal y, por ende, sin tener potestad formal para ello. Suelen citarse como ejemplos, situaciones de calamidades públicas, conflictos armados, ocupación extranjera y otras de similar naturaleza⁴¹⁸.

El fundamento de esta disposición estriba en la idea clásica de insurrección popular, esto es, la legítima defensa de los ciudadanos ante la ausencia de fuerzas regulares. Se trata de una forma de representación por necesidad⁴¹⁹. En Derecho internacional humanitario suele denominarse “sublevación en masa”, es decir, la toma espontánea de las armas de parte de los civiles ante el acercamiento del enemigo y que, en ausencia de fuerzas regulares tienen el estatuto de combatientes y el derecho a participar directamente en las hostilidades⁴²⁰. Para SASSÒLI, la disposición deja claramente establecida la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones a los estándares humanitarios cometidas por esos civiles⁴²¹.

⁴¹⁸ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 9, comentario n° 1.

⁴¹⁹ *Id.*, comentario n° 3.

⁴²⁰ La plasmación positiva de la sublevación en masa está contemplada en los arts. 4(A)(6) del *IIICG*, cit., y 2 del *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R)*. Anexo al Convenio de La Haya de 1907. La Haya, 18 de octubre de 1907. La primera de estas disposiciones establece: (A) *Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.* Por su parte, la segunda de las normas citadas prescribe: *La población de un territorio no ocupado que al acercarse el enemigo tomen espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de organizarse, conforme al artículo 11, será considerado como beligerante si respeta las leyes y costumbres de la guerra.*

⁴²¹ SASSÒLI, op. cit.

Otro fundamento es la existencia de un vínculo *de facto* entre el sujeto que ejecuta el acto y el Estado. En otras palabras si surge la responsabilidad internacional es porque el agente no estatal es asimilado al Estado, en cuanto fácticamente está ejerciendo sus funciones en una situación de emergencia⁴²².

Los *Comentarios* especifican que la situación a la que se remite esta norma, no es la de un Gobierno *de facto*, que implica la sustitución del Gobierno preexistente. Se trata más bien de un contexto de pérdida de control de una porción del territorio o de la imposibilidad de ejercer cierto tipo de funciones públicas por la ausencia de autoridades oficiales⁴²³. No parece haberlo entendido así el Informe conjunto sobre la Misión al Líbano e Israel, en el que se afirma que un Estado puede ser considerado internacionalmente responsable por los actos de un régimen *de facto* en virtud de la disposición en análisis⁴²⁴. La contradicción entre esta interpretación y lo dispuesto en los *Comentarios* puede servir como ejemplo de la necesidad de ahondar en el debate sobre este punto, porque parece que entre los operadores jurídicos internacionales no hay claridad sobre la eventual responsabilidad del Estado por los actos de un Gobierno *de facto*. De acuerdo a la interpretación de los *Comentarios*, el art. 9 se estaría refiriendo a una circunstancia excepcional que impide la presencia de las autoridades estatales y, en consecuencia, que las inhabilita para desempeñar ciertas funciones urgentes. Hay un matiz importante con los actos realizados por un régimen *de facto*, asentado con cierta autoridad y organización en un territorio de un Estado, de manera relativamente permanente.

Acotar el ámbito de aplicación de la norma a esas situaciones muy excepcionales, implica delimitar su ámbito de aplicación a contextos muy específicos. Por el contrario, aplicarla respecto de cualquier acto de un Gobierno *de facto*, implica

⁴²² MARIÑO, op. cit., p. 481.

⁴²³ *Proyecto de la CDI*, cit., art. 9, comentario n° 4.

⁴²⁴ HRC, *Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos"*. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt; el representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; y el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari. Misión al Líbano y a Israel, cit., n. 19.

enfrentar el debate previo de justificar la responsabilidad de un Estado por los hechos de sujetos que están totalmente fuera de su control, haciendo poco viable incluso, argumentar la existencia de un vínculo fáctico entre ambos.

Ahora bien, la configuración de la imputabilidad en este supuesto exige el cumplimiento de algunas condiciones básicas que se analizan a continuación⁴²⁵:

1. Los comportamientos ejecutados deben estar íntimamente relacionados con el ejercicio del poder público.

Por ende, no importa tanto que los hechos hayan sido ejecutados por iniciativa de particulares o que entre estos y la autoridad exista algún vínculo formal. Lo determinante es el carácter intrínseco de la actividad que se lleva a cabo, en cuanto debe estar relacionada con la función pública⁴²⁶.

2. Los hechos deben ejecutarse en ausencia o defecto de las autoridades públicas.

Los términos “*ausencia o defecto*” implican un colapso total del aparato estatal o de un sector concreto del mismo⁴²⁷.

3. Las circunstancias deben requerir el ejercicio de atribuciones públicas.

Debe tratarse de circunstancias excepcionales que inevitablemente requieren el ejercicio de ciertas funciones públicas. Este carácter de excepcionalidad es el que justifica la excepción de esta norma al principio conforme según el cual los actos de particulares no pueden atribuirse al Estado⁴²⁸.

La práctica sobre estos supuestos es muy reducida y en la mayoría de las situaciones de esta naturaleza, los actos que ejecutan los particulares no constituyen hechos ilícitos internacionales. Para BARTOLINI son hipótesis marginales y, por lo general, no afectan terceros Estados que podrían reclamar responsabilidad

⁴²⁵ Proyecto de la CDI, cit., art. 9, comentario n° 3.

⁴²⁶ Id., comentario n° 4.

⁴²⁷ Id., comentario n° 5.

⁴²⁸ Id., comentario n° 1 y 6.

internacional⁴²⁹. En la escasa práctica internacional sobre esta regla de atribución, la resolución de la Iran-United States Claims Tribunal recaída el caso *Yeager*, consideró que los Komithes o Guardias Revolucionarias iraníes ejercían ciertas funciones propias de una autoridad pública en ausencia de autoridades oficiales, tales como funciones de seguridad pública y de controles migratorios⁴³⁰.

2.2. La aplicación del estándar de diligencia debida.

2.2.1. Aproximación general a la noción de la debida diligencia en el Derecho internacional público.

El estudio de la diligencia debida como concepto teórico jurídico del Derecho internacional público ha sido bastante desatendido por la doctrina iusinternacionalista. Efectivamente, son muy pocos los autores que han intentado elaborar un estudio monográfico de la noción general de diligencia debida, mientras que, por el contrario, son muchos los que la utilizan como punto de partida para el estudio de la responsabilidad internacional del Estado en ámbitos específicos del Derecho internacional, entre otros, el Derecho internacional de los derechos humanos⁴³¹.

En cuanto al proceso codificador, si bien en las versiones preliminares del *Proyecto de la CDI* existían algunas disposiciones que hacían referencia al criterio de la diligencia debida como una regla de imputabilidad para supuestos de comportamientos realizados por agentes no estatales, las últimas versiones y la versión definitiva de dicho Proyecto no contemplaron disposición alguna sobre este punto. Durante el proceso de redacción se eliminó toda referencia a esta cuestión, sin que se abordare en profundidad

⁴²⁹ BARTOLINI, “Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi”, cit., p. 437.

⁴³⁰ Iran-United States Claims Tribunal. *Yeager vs. The Islamic Republic of Iran*, cit., párr. 43: “*The Tribunal finds sufficient evidence in the record to establish presumption that revolutionary «Komitehs» or «Guards» [...] were [...] at least exercised elements of governmental authority in the absence of official authorities*” [El tribunal encuentra evidencia suficiente en el expediente para establecer que los “Komithes” o “Guardias” [...] a lo menos habían [...] ejercido elementos de autoridad gubernamental en ausencia de autoridades oficiales].

⁴³¹ GARCÍA ELORRIO, Magdalena. “Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, vol. 1, n° 1, 2011, pp. 2 y 4. Disponible en <<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/286>>. [Consulta: 14 de julio de 2011].

un debate sobre la utilidad del estándar para los efectos de la configuración de la responsabilidad internacional en los supuestos antes mencionados⁴³².

Para BARNIDGE, no existe un marco normativo integral y de conjunto sobre la responsabilidad internacional del Estado por actos de agentes no estatales, lo que configura una verdadera laguna jurídica en el tratamiento internacional de la responsabilidad⁴³³.

El estado doctrinario de la cuestión no deja de ser preocupante, más aun si se considera la proficua aplicación de este estándar en la práctica internacional, situación extraña y sorprendentemente contradictoria con el escaso desarrollo dogmático sobre la materia.

En lo que compete a esta investigación, desde ya cabe aclarar que en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, la noción de diligencia debida suele utilizarse para explicar la configuración de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones cometidas por actores no estatales⁴³⁴.

En este trabajo se hará referencia a las hipótesis de aplicación de la diligencia debida para responsabilizar al Estado ante comportamientos de agentes no estatales que impliquen violaciones de derechos humanos. Lo que se pretende es valorar si, en base a la utilización de la diligencia debida por la práctica internacional general sobre derechos humanos, puede concluirse que dicho estándar se acomoda entre las reglas de

⁴³² Efectivamente, en su primer informe, el relator especial James CRAWFORD propuso suprimir una disposición del Proyecto que se refería a esta cuestión. Se trataba de un artículo que había sido elaborado por el anterior relator Robert AGO y que durante el curso de la elaboración del Proyecto fue sufriendo algunas modificaciones hasta su eliminación definitiva. Los argumentos de CRAWFORD en base a los que propuso la eliminación de la norma, pueden revisarse en CDI. *Primer Informe sobre la Responsabilidad de los Estados*. Preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial. Adición, 50º período de sesiones, Ginebra, 20 de abril a 12 de junio de 1998 y Nueva York, 27 de julio a 14 de agosto de 1998. A/CN.4/490/Add.5 (22 de julio de 1998), párrs. 244-248. El Proyecto de art. de AGO, en su formato original, puede ser consultado en “The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (continued)”, fourth report on State responsibility, A/CN.4/264 y Add. 1, 30 de junio de 1972 y 9 de abril de 1973, párr. 146, en CDI, *Yearbook of the international law commission*. Documents of the twenty-fourth session including the report of the Commission to the General Assembly, 1972, vol. II, p. 126. Para una detallada descripción de las vicisitudes histórico-jurídicas sobre el nacimiento y muerte de esta disposición y sobre el tratamiento general de la debida diligencia en la redacción del Proyecto de la CDI, vid. LOZANO CONTRERAS, José Fernando. *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*. Barcelona: Atelier-Universidad de Alicante, 2007, pp. 130-138.

⁴³³ BARNIDGE Jr., Robert P. *Non state actors and terrorism. Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*. La Haya: TMC Asser Press, 2008.

⁴³⁴ GARCÍA ELORRIO, op. cit., pp. 1-2.

imputabilidad y ser utilizada para contextos de violaciones llevadas a cabo por órganos no estatales.

Se ha venido reiterando a lo largo de este trabajo que uno de los principios cardinales de la responsabilidad internacional del Estado indica que la responsabilidad sólo puede surgir por actos cometidos por agentes que pertenecen a la estructura estatal. En términos negativos, el principio se traduce como la no atribución al Estado de actos cometidos por particulares⁴³⁵.

Se trata de un principio que contempla sus excepciones, ya que existen reglas de imputabilidad para supuestos en que el acto es ejecutado por una persona que no pertenece a la estructura estatal. Sin embargo, son excepciones relativas, para nada radicales, en cuanto el agente que ejecuta el acto, a lo menos *de facto* mantiene una relación con el Estado que permite su asimilación a un órgano estatal y, en consecuencia, fundamentar y justificar la regla de imputabilidad. Ya se ha afirmado que no existen reglas de imputabilidad para actos de agentes no estatales, de modo que las excepciones analizadas en el capítulo anterior y en la primera parte de este capítulo, no hacen ni más ni menos que confirmar el principio.

Sin embargo, desde fines del siglo XIX, se viene tejiendo en la práctica internacional una estrategia de atribución para supuestos de comportamientos llevados a cabo por agentes no estatales. Si bien tales comportamientos no son atribuibles al Estado, éste puede ser responsabilizado si no ha adoptado todas las medidas que estaban a su alcance para prevenir el hecho o reprimirlo una vez que se haya producido. En sencillas palabras, en eso consiste el estándar de diligencia debida.

Es importante observar que se trata de un criterio que no pone en tensión el principio de no atribución de actos de particulares, porque el comportamiento del particular, eventualmente relacionado con la violación de una obligación internacional, no es lo que se imputa al Estado. Todo lo contrario, ya que lo imputable al Estado es el acto de sus agentes estatales que pudiendo haber adoptado ciertas medidas en orden a evitar el hecho o reprimirlo una vez producido, no lo hicieron. Para ZEGVELD, el hecho

⁴³⁵ Cfr. *Proyecto de la CDI*, capítulo II, comentarios nº 2 y 3; art. 4, comentarios nº 1 y 2 y art. 8, comentario nº 1. En doctrina, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA/CERVELL HORTA, op. cit., pp. 522-523; MARIÑO, op. cit., p. 482.

del particular, no es sino una condición objetiva necesaria para el surgimiento de la responsabilidad, pero desde ningún punto de vista imputable al Estado⁴³⁶.

La anterior no es solamente una aclaración técnica, ya que puede tener claras repercusiones en la valoración del grado de responsabilidad del Estado. No en todas las circunstancias puede ser medido con la misma vara el hecho violatorio en sí mismo y la no adopción de las medidas tendientes a evitarlo o perseguirlo.

Ahora bien, es bastante usual que el estándar de la diligencia debida se asocie a las obligaciones de medio o comportamiento. Cabe recordar que las obligaciones de medio se oponen a las obligaciones de resultado. Las primeras se limitan a exigir al Estado la adopción de las medidas razonables para el logro de un determinado resultado, de modo que no se consideran infringidas ante su no consecución. Las segundas, por el contrario, obligan al Estado al logro de un resultado determinado, de modo que la infracción se configura toda vez que no sea alcanzado⁴³⁷. Sin embargo, no todos los autores miran con buenos ojos esta clasificación. Por ejemplo, ZEGVELD dirige una crítica afilada contra la misma, porque las obligaciones de medio y las de resultado no pueden darse en estado puro. Una obligación de medio siempre tendrá un objetivo hacia el que la conducta debe dirigirse y, a su vez, una obligación de resultado, requerirá un cauce específico de acción. Cuando se enmarca una obligación en una de estas dos categorías, simplemente se está poniendo un mayor énfasis en uno u otro vértice, esto es, conducta o resultado⁴³⁸.

2.2.2. La imputabilidad por infracción del estándar de diligencia debida en supuestos de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales.

⁴³⁶ ZEGVELD, Liesbeth. *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 181.

⁴³⁷ ANNONI, op. cit., p. 681.

⁴³⁸ ZEGVELD, op. cit., pp. 166-167,

La exigencia de un estándar de comportamiento de diligencia debida viene impuesta por las normas primarias y no por normas secundarias⁴³⁹. Por lo tanto, habrá que analizar si en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, ya sea el universal o los regionales, existen ciertas normas primarias de las cuales sea posible extraer una obligación que se rige por un parámetro de diligencia debida.

Para tal efecto, se repasará brevemente la importancia de las obligaciones generales de respeto y garantía, se trazarán las relaciones entre estas obligaciones y el estándar de diligencia debida y se hará una referencia general a la práctica internacional que ha implementado dicho estándar a propósito de la violación de estas obligaciones ante comportamientos de agentes no estatales.

2.2.2.1. La obligación de respeto y garantía: pilares obligacionales en la protección de los derechos humanos.

En cuanto a la protección de los derechos humanos, existen dos grandes pilares obligacionales: la obligación de respeto y la obligación de garantía. En general la obligación de respetar implica para el Estado una obligación negativa, esto es, la abstención de violar derechos humanos a través de sus propios agentes. En cambio, la obligación de garantía se traduce en obligaciones afirmativas o positivas, que consisten generalmente en la adopción y creación de las medidas y condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos humanos⁴⁴⁰, entre éstas, las que permitan impedir la ejecución de violaciones a mano de sujetos particulares⁴⁴¹.

⁴³⁹ BARNIDGE, op. cit., p. 62, 65 y 67. La norma primaria es de carácter sustantivo y determina el deber a cumplir por un Estado, mientras que la norma secundaria permite determinar las condiciones bajo las que se produce la violación de una norma primaria y las consecuencias jurídicas que derivan de esa violación.

⁴⁴⁰ Cfr. AGUIAR, Asrúbal. "La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos", en VV.AA., *Estudios básicos de derechos humanos I*. Compilado por Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza; presentado por Antonio A. Cançado Trindade. San José de Costa Rica: Instituto interamericano de derechos humanos, 1994, pp. 131-132; GARCÍA ELORRIO, op. cit., p. 5; MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2007, p. 19.; NIKKEN, Pedro. "El concepto de derechos humanos", en VV.AA., *Estudios básicos de derechos humanos I*, cit., pp. 29-30; ZEGVELD, op. cit., p. 166, n. 4. Para la práctica internacional, vid., sólo a modo de ejemplo, CIDH. *Chumbivilcasa v. Perú*, cit., punto V(1)(c); CorteIDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, nº 6, párr. 21.

⁴⁴¹ Cfr. AGUIAR, op. cit., pp. 132, quien distingue una responsabilidad inmediata del Estado, que se configura por una violación cometida por agentes estatales, de una responsabilidad mediata, que se configura cuando, en presencia de violaciones de los derechos humanos por acción u omisión de

Ambas obligaciones se encuentran consagradas en los tratados más relevantes sobre derechos humanos, tanto a nivel universal como a nivel regional. Basta con mencionar el art. 2(1) del *PIDCP*, el art. 1(1) de la *CADH* y el art. 1 de la *CEDH*⁴⁴².

La CorteIDH define la obligación de garantía como “*el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”⁴⁴³.

particulares, los agentes estatales faltan a la debida diligencia para prevenir la violación o para enfrentarla una vez producida; GARCÍA ELORRIO, op. cit., p. 2; LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 241.

⁴⁴² Para el sistema universal, vid. art. 2(1) del *PIDCP*, cit., de acuerdo al que “*1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. En el sistema interamericano, el art. 1(1) de la *CADH*, cit., prescribe “*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. En el sistema europeo, el art. 1 de la *CEDH* prescribe “*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*”. Esta última Convención sólo utiliza el verbo “reconocer”, pero a través de una interpretación sistemática de la Convención, la doctrina cree que aglutina tanto el deber de respeto como el deber de protección. Cfr. entre otros autores, CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Parthenon, 2007, p. 236, n. 673; LOZANO CONTRERAS, op. cit., p. 240, n. 685, destacando que la versión inglesa de la *CEDH* refleja en mejores términos el sentido de la norma que la versión española, dado que la primera utiliza la expresión “*shall secure*”, que significa asegurar, a diferencia de la segunda que utiliza el verbo “reconocer”. Finalmente, también el 1 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos contempla una obligación general de respeto y garantía. De conformidad a esta norma: “*The Member States of the Organization of African Unity parties to the present Charter shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in this Chapter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them*” [Los Estados miembros de la Organización de la Unión Africana firmantes de la presente Carta, reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto]. Vid. Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unión Africana. *African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights*, CAB/LEG/67/3, rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), adoptada el 27 de junio de 1981 y entrada en vigor el 21 de octubre de 1986. Para la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, dicha disposición tiene el mismo carácter de las normas de tratados de similar naturaleza. Cfr. *Dawda K. Jawara vs. Gambia*, comunicaciones n° 147/95 y 149/96, 11 de mayo de 2000, párr. 46; *Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Angola*, comunicaciones n° 292/04, 7 al 22 de mayo de 2008, párr. 82-83.

⁴⁴³ CorteIDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, n° 154, párr. 110; *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, n° 205, párr. 236; *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs.*

Esta obligación está conformada por un conjunto de deberes distintos: el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos⁴⁴⁴. Se trata de un conjunto de obligaciones complementarias entre sí y desde ningún punto de vista, sustitutivas o alternativas. Por ende, para que el Estado no vulnere el deber general de garantía, no basta con el cumplimiento de alguno de estos deberes, sino que es indispensable satisfacerlos todos⁴⁴⁵.

En la práctica internacional está asentado que la obligación de garantía integra dicho conjunto de deberes. Así ha sido señalado, por ejemplo, en un informe de 1992 de la Misión de Observadores de Naciones Unidas sobre El Salvador⁴⁴⁶ y diversas sentencias de la CorteIDH⁴⁴⁷.

Esta obligación general de garantía tiene algunas peculiaridades que vale la pena resaltar. Se trata de una obligación posterior de respuesta ante una violación de derechos humanos⁴⁴⁸. Su principal objetivo es lograr que cada Estado asegure en su orden jurídico los derechos humanos, de modo que el perdón de la víctima al agresor no exime al Estado de cumplir con la obligación⁴⁴⁹. El Estado debe proceder a cumplir de propia iniciativa y de ningún modo puede renunciar a ella⁴⁵⁰. Además, es una obligación necesaria para que exista responsabilidad internacional del Estado. Por regla general, los sistemas internacionales de protección operan con un carácter subsidiario a las medidas que cada Estado adopte de conformidad con su Derecho interno. En efecto, si producida

Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, n° 219, párr. 140; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 175; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 166.

⁴⁴⁴ Cfr. AGUIAR, op. cit., p. 132; CHINCHÓN ÁLVAREZ, op. cit., p. 237; NIKKEN, op. cit., p. 30. Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 110; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 175; *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, cit., párr. 140; *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, cit., párr. 236; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 166.

⁴⁴⁵ CHINCHÓN ÁLVARES, op.cit., p. 240.

⁴⁴⁶ Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL). Informe de 19 de febrero de 1992, A/46/876 S/23580, párr. 28.

⁴⁴⁷ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 166 y *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 175.

⁴⁴⁸ CHINCHÓN ÁLVARES, op.cit., p. 237.

⁴⁴⁹ Id., p. 240.

⁴⁵⁰ Id., p. 241.

una violación de los derechos humanos, un Estado investiga el hecho, sanciona los responsables y rapara a las víctimas, no puede surgir responsabilidad internacional pese a la existencia de una violación. Por lo mismo, en no pocas ocasiones, la configuración de responsabilidad internacional en materia de derechos humanos conlleva la reprobación de la conducta de los órganos estatales⁴⁵¹.

A modo de conclusión y recogiendo las palabras de CHINCHÓN ÁLVAREZ, la obligación de garantía es el núcleo esencial en el ámbito de los derechos humanos del que irradian una serie de obligaciones estatales y de derechos individuales. No hay sistema de protección, universal o regional, que no utilice la obligación de garantía como piedra angular⁴⁵².

2.2.2.2. La relación entre la obligación general de garantía y la diligencia debida en la práctica internacional.

En el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, suele afirmarse que las obligaciones valorables a la luz de la debida diligencia tienen su fundamento en la obligación general de garantía⁴⁵³. En efecto, los precedentes de la práctica internacional demuestran que los deberes constitutivos de la obligación general de garantía se valoran a la luz de la diligencia debida, especialmente, el deber de prevención y el deber de investigación.

La práctica a la que se hará alusión a continuación tiene por objeto justificar la afirmación anterior para supuestos de violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales.

Un primer grupo de precedentes está relacionado con la práctica de los órganos convencionales de monitoreo de los derechos humanos. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General nº 19, afirma que *“En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para*

⁴⁵¹ Cfr. AGUIAR, op. cit., p. 133; CHINCHÓN ÁLVAREZ, op.cit., p. 248-249.

⁴⁵² CHINCHÓN ÁLVAREZ, op.cit., p. 248. En la práctica internacional, la CIDH también ha utilizado la metáfora de la “*piedra angular*” en *Chumbivilcasa v. Perú*, cit., punto V(1)(c).

⁴⁵³ GARCÍA ELORRIO, op. cit., pp. 2 y 6.

investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”⁴⁵⁴. Asimismo, en una anterior Recomendación General, la n° 12, el Comité expresó una idea en la misma línea, si bien no tan explícitamente, al sostener que ciertas disposiciones de la *Convención para la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer*⁴⁵⁵, “*obligan a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social*”⁴⁵⁶.

Cabe hacer presente que la *Convención para la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer*, contempla en su art. 2(e) una referencia expresa al deber de adoptar medidas ante discriminaciones realizadas por sujetos no estatales, en los siguientes términos: “*Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas*”.

En la decisión *Daniel Pinto vs. Trinidad and Tobago*, respecto del derecho a no ser sometido a torturas, el HRC aplicó la diligencia debida al sostener que: “*It would have been incumbent upon the prison authorities to investigate his complaint(s) ex officio and with due diligence and expedition*”⁴⁵⁷. Asimismo, en la decisión *Mansour Ahani vs. Canadá*, el Comité “*exige que el Estado Parte no sólo se abstenga de*

⁴⁵⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *La violencia contra la mujer*. Recomendación General n° 19, 11° período de sesiones, 1992, párr. 9.

⁴⁵⁵ AGONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la AGONU en su res. 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

⁴⁵⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *La violencia contra la mujer*. Recomendación General n° 12, 8° período de sesiones, 1989. Concretamente, la Recomendación se refería a los arts. 2, 5, 11 y 16 de la Convención.

⁴⁵⁷ HRC. *Daniel Pinto vs. Trinidad and Tobago*, comunicación n° 512/1992, CCPR/C/57/D/512/1992, 27 de julio de 1996, párr. 6.1: [Las autoridades penitenciarias deberían haber investigado sus denuncias de oficio y con la debida diligencia y celeridad]. El caso se refería a un preso condenado a muerte sin un juicio justo, sometido luego a malos tratos en la cárcel.

practicar la tortura sino que además obre con la debida diligencia para evitar que determinadas personas sean objeto de amenazas de tortura por parte de terceros”⁴⁵⁸.

Por su parte el Comité de la Discriminación Racial, en el caso *L.K. vs. Países Bajos*, estableció que “*Cuando se formulan amenazas de violencia racial, y en particular cuando son formuladas en público y por un grupo, corresponde al Estado investigar los hechos con la debida diligencia y rapidez*”⁴⁵⁹.

Finalmente, también la Comisión Africana sobre derechos humanos y de los pueblos, al resolver la comunicación *Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Angola*, señaló que “*if a State Party fails to ensure respect of the rights contained in the African Charter, this constitutes a violation of the African Charter even if the State or its agents were not the perpetrators of the violation*”⁴⁶⁰.

Para recapitular, es posible afirmar que en la práctica de los órganos de monitoreo de los derechos humanos, el estándar de diligencia debida suele ser aplicado con bastante generalidad y respecto de variadas clases de derechos. La práctica citada a modo de ejemplo, además, utiliza explícitamente la terminología de diligencia debida.

En cuanto a los órganos jurisdiccionales internacionales sobre derechos humanos, el TEDH ha ido construyendo una estrategia argumentativa para comprobar el cumplimiento de la diligencia debida en determinados supuestos que involucran actores no estatales. La primera sentencia en la que se aplica el estándar es la recaída en el caso

⁴⁵⁸ HRC. *Mansour Ahani vs. Canadá*, comunicación n° 1051/2002, CCPR/C/80/D/1051/2002, 15 de junio de 2004, párr. 10.7. El caso se refiere a un ciudadano iraní que alegaba haber sido torturado mientras estaba detenido en Canadá a la espera de la conclusión del proceso sobre su expulsión.

⁴⁵⁹ Comité de la Discriminación Racial. *L.K. vs. Países Bajos*, comunicación n° 4/1991, CERD/C/42/D/4/1991, 6 de diciembre de 1991, párr. 6.6. El caso dice relación con la discriminación sufrida por un ciudadano marroquí en Holanda a mano de algunos vecinos.

⁴⁶⁰ Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos. *Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Angola*, cit., párr. 83 [Si los Estados miembros fallan en respetar los derechos contenidos en la Carta Africana, esto constituye una violación de la Carta Africana incluso si sus agentes no son los perpetradores de la violación]. El caso se remite al desplazamiento forzado de 14 personas de nacionalidad gambiana residentes en Angola, en el marco de la *Operação Brilhante*, que tenía por objeto deportar extranjeros residentes, especialmente los que habitaban en los alrededores de las minas de diamantes, incluso si tenían permisos de trabajo.

Osman vs United Kingdom. Osman era un ciudadano británico asesinado en Londres por un profesor mentalmente desequilibrado que trabajaba en el instituto en que estudiaba el hijo de la víctima. Los indicios del proceso permitieron inferir al Tribunal que el profesor representaba una amenaza para la integridad física de toda la familia de Osman. A juicio del Tribunal, para que el Estado pudiera ser considerado responsable, sus agentes debían conocer el riesgo sobre los derechos protegidos por la CEDH o la identidad de las personas que cometerán un atentado contra las víctimas potenciales y, pese a ello, no adoptar las medidas para prevenir el hecho o detener los responsables⁴⁶¹. Estos criterios, a juicio del Tribunal, no se reunían en el caso, porque existía un factor de impredecibilidad del ataque que impidió el conocimiento del riesgo⁴⁶².

Otra sentencia sobre una situación muy similar, si bien inserta en un contexto totalmente diferente, es la recaída en el caso *Akkoç vs. Turkey*, relativa al asesinato de un profesor de origen kurdo⁴⁶³. En el proceso no se pudo determinar si los autores del hecho eran agentes no estatales pertenecientes a un grupo de contraguerrilla o agentes estatales indirectos⁴⁶⁴. La cuestión fundamental sobre la que el Tribunal debía razonar era si las autoridades estatales habían fallado en proporcionar la protección debida a la víctima⁴⁶⁵. Para ello, el Tribunal valoró si la víctima efectivamente se encontraba en una situación de riesgo⁴⁶⁶, si las autoridades estaban conscientes de esa situación⁴⁶⁷ y si adoptaron todas las medidas que estaban a su alcance para intentar evitar el hecho⁴⁶⁸ y para investigarlo debidamente una vez producido⁴⁶⁹. A diferencia del caso anterior y pese a no conocerse con precisión el tipo de sujeto que había cometido el acto, el TEDH estimó que se satisfacían todas las exigencias anteriores.

⁴⁶¹ TEDH, *Osman vs United Kingdom*, cit., párr. 116.

⁴⁶² Ibid.

⁴⁶³ TEDH, *Akkoç vs. Turkey*, cit. Se trata de uno de los tantos asesinatos no clarificados, ocurridos en los principios de los años 90 en Turquía, supuestamente, a manos de grupos de contra-guerrilla encargados de eliminar miembros y simpatizantes del Partido de Trabajadores del Kurdistan (PKK).

⁴⁶⁴ Id., párr. 79.

⁴⁶⁵ Id., párrs. 77-79.

⁴⁶⁶ Id., párrs. 80-81.

⁴⁶⁷ Id., párrs. 82-84.

⁴⁶⁸ Id., párrs. 85-94.

⁴⁶⁹ Id., párrs. 95-99.

Cito como último ejemplo la sentencia del caso *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*⁴⁷⁰. Edwards era persona esquizofrénica que había sido detenida por un delito menor. Mientras estaba en régimen de prisión preventiva, fue asesinado a mano de su compañero de celda, un sujeto también esquizofrénico y muy peligroso, de apellido Linford. Edwards había sido trasladado a esa celda por falta de espacio en la prisión.

Al igual que en los casos anteriores, el TEDH debía determinar si las autoridades británicas habían adoptado todas las medidas a su alcance para proteger los derechos de la víctimas⁴⁷¹. La peculiaridad de este caso estriba en el hecho de que la víctima era una persona que, por estar detenida, se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad, más aun si se considera que se trataba de un preso sin condena sujeto a régimen de prisión preventiva⁴⁷².

Para comprobar la existencia del riesgo, bastó con revisar el historial médico psiquiátrico de Linford y comprobar su extraño comportamiento al momento de su detención. Si bien en el examen médico realizado por el personal médico forense y en la valoración de su peligrosidad, se cometieron negligencias, el TEDH estimó que las autoridades estaban al tanto del riesgo⁴⁷³. En otras palabras, pese a las negligencias cometidas por las autoridades penitenciarias, los médicos forenses y los órganos jurisdiccionales, el Estado estaba o debió haber estado al tanto de la peligrosidad de este sujeto y del elevado riesgo que podía generar para los que le circundaban. En base a esta información, Edwards nunca debió haber sido colocado en la celda de Linford, ya que “*any prisoner sharing a cell with Richard Linford that night would have been at risk to his life*”⁴⁷⁴. A todo lo anterior, se sumó una abundante cantidad de negligencias cometidas en el desarrollo de la investigación⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ TEDH, *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*, judgment, application n° 46477/99, 14 de marzo de 2002.

⁴⁷¹ Id., párrs. 54-55.

⁴⁷² Id., párr. 56.

⁴⁷³ Id., párrs. 57-64.

⁴⁷⁴ Id., párr. 58: [La vida de cualquier persona que compartiera la celda con Richard Linford esa noche, habría estado en riesgo].

⁴⁷⁵ Id., párrs. 67-87.

Toda la jurisprudencia citada del TEDH utiliza la *teoría del riesgo real e inminente* para valorar si el Estado tiene alguna responsabilidad ante supuestos de violaciones de derechos humanos cometidos por particulares. Se volverá sobre esta teoría a continuación, cuando se analice la jurisprudencia internacional que implementa estándares de diligencia debida a propósito de desapariciones forzadas. Sin perjuicio de ello, lo importante es destacar que el TEDH, para valorar la responsabilidad del Estado y su eventual infracción de la obligación de garantía, pese a no utilizar la terminología de la diligencia debida, emplea criterios inherentes a ella.

2.2.3. La aplicación de la diligencia debida para casos de desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales.

La idea de esta aparatado es analizar la práctica y jurisprudencia internacional existente sobre la aplicación de estándares de diligencia debida en relación con las desapariciones forzadas. En primer lugar se abordará un repaso de la práctica de Comité contra las Desapariciones Forzadas y del Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas e Involuntarias, órganos internacionales de monitoreo de derechos humanos especializados en este fenómeno. En segundo lugar, se pasará revista a la jurisprudencia de la CorteIDH y TEDH.

2.2.3.1. Análisis de la práctica internacional del Comité contra las Desapariciones Forzadas y del Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas e Involuntarias.

Desafortunadamente, no existe mucha práctica internacional de los órganos internacionales de monitoreo sobre desapariciones forzadas en relación a supuestos de desapariciones cometidas por agentes no estatales. En cuanto a los órganos convencionales, hasta la fecha el Comité contra las desapariciones forzadas no ha emitido ningún tipo de documento oficial, en cuanto se ha constituido recientemente en la primera reunión de los Estados partes de la Convención, sostenida el 31 de mayo de 2011⁴⁷⁶. Habrá que prestar atención a la posición que asumirá este órgano ante la

⁴⁷⁶ Para los detalles de la reunión, la lista de los diez miembros del Comité elegidos y el contenido principal de sus currículos, vid. < <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/Elections2011.aspx>>. [Consulta: 30 de agosto de 2011].

situación de las desapariciones ejecutadas por agentes no estatales y a las interpretaciones de la Convención con que sustentará su postura ante este problema.

Por su parte, el GTDFI se ha mostrado totalmente reacio a preocuparse de desapariciones cometidas por agentes no estatales. El Folleto Informativo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señala, sin mayor explicación, que el Grupo de Trabajo no se ocupa de “*Las desapariciones perpetradas por agentes no estatales (por ejemplo, grupos rebeldes)*”⁴⁷⁷, aunque en la caracterización introductoria de la desaparición como fenómeno mundial actual, se indica que una de las situaciones en las que se llevan a cabo es la de conflicto interno⁴⁷⁸. Si bien se trata de un folleto informativo y no puede pretenderse que contenga explicaciones profundas sobre cuestiones técnicas, existe una cierta contradicción entre estas dos afirmaciones y no se da ninguna razón que permita justificar por qué habría que excluir esa clase de desapariciones del ámbito competencial del Grupo.

En los últimos *Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, aprobados el 14 de noviembre de 2009, se aclara sucintamente por qué no se toman en consideración las desapariciones ejecutadas por agentes no estatales. Este documento señala que el GTDFI debe regirse por la definición de la *DPPDF*, definición que no contiene referencia alguna a sujetos no estatales. Por lo tanto, “*el Grupo de Trabajo no admite los casos que se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre del gobierno, o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, como los movimientos terroristas o insurgentes que combaten al gobierno en su propio territorio*”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Desapariciones forzadas o involuntarias*. Folletos Informativos sobre los derechos humanos, n° 6/Rev. 3, Ginebra, 2009, p. 30.

⁴⁷⁸ *Íd.*, p. 6.

⁴⁷⁹ GTDFI. “Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, aprobados el 14 de noviembre de 2009, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos...* A/HRC/16/48 cit., párr. 6. Cfr. con las versiones anteriores de estos métodos de trabajo en las que aparece expresada la misma idea: GTDFI. “Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, aprobados el 4 de diciembre de 2008, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido*

Un tema que ha centrado la preocupación del GTDF ha sido la incorporación de los agentes no estatales en la tipificación penal interna de la desaparición forzada. Para argumentar su rechazo a esta incorporación, el GTDFI ha argüido que las definiciones de la *DPPDF* y la *CIDFP* no hacen referencia a esta clase de sujetos, de modo que las legislaciones internas deberían reflejar lo dispuestos en tales instrumentos internacionales⁴⁸⁰. Por otra parte, el Grupo argumenta que su mandato está circunscrito a los delitos de Estado, es decir, a las desapariciones cometidas por agentes estatales directos o indirectos⁴⁸¹. En virtud de un argumento adicional, el Grupo agrega que si bien en otras esferas de los derechos humanos la incorporación de agentes no estatales puede implicar un progreso jurídico, a lo menos desde la perspectiva de las víctimas, en lo que se refiere a las desapariciones se corre el riesgo de diluir la responsabilidad

el derecho al desarrollo. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 10º período de sesiones. A/HRC/10/9 (25 de febrero de 2009), epígrafe “Autores”; GTDFI. “Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo”, aprobados el 30 de noviembre de 2007, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 7º período de sesiones. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), párr. 11; GTDFI. “Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo”, aprobados el 14 de noviembre de 2001, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 58º período de sesiones. E/CN.4/2002/79 (18 de enero de 2002), párr. 6.

⁴⁸⁰ Cfr. GTDFI. “Comentario general sobre la definición de desaparición forzada”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 7º período de sesiones. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), párr. 4; GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Misión a Guatemala”, 19 a 21 de septiembre de 2006, en AGONU, Consejo de Derechos Humanos, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”*, 4º período de sesiones. A/HRC/4/41/Add.1 (20 de febrero de 2007), párr. 31; GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Colombia”, 5 a 13 de julio de 2005, en AGONU. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*. 62º período de sesiones. E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006), párr. 47.

⁴⁸¹ GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”*. 4º período de sesiones. A/HRC/4/41 (25 de enero de 2007), párr. 7; GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Misión a Guatemala”, cit., párr. 32

estatal⁴⁸². Finalmente, se señala que los sujetos no estatales no pueden cometer desapariciones, sino secuestros, de modo que la incorporación de actores no estatales en la tipificación de la desaparición podría implicar una confusión entre ambos delitos⁴⁸³.

En materia de lucha contra el terrorismo, el informe conjunto sobre detenciones secretas elaborado por Martin SCHEININ, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Manfred NOWAK, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, representado por su Vicepresidente, Shaheen SARDAR ALI y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, representado por su Presidente, Jeremy SARKIN, excluye explícitamente de su ámbito de investigación, las detenciones cometidas por la criminalidad organizada y por actores no estatales, “*cuando no sean imputables al Estado*”⁴⁸⁴. Por cierto, la frase no es afortunada desde el punto de vista jurídico. Se ha explicado que la configuración de la imputabilidad no se circunscribe exclusivamente a violaciones de derechos humanos cometidas por agentes sujetos a algún tipo de control estatal, sino que puede extenderse a comportamientos de agentes estatales que ante la violación de derechos humanos cometidas por particulares no se han enfrentado adecuadamente a ella en lo que a su prevención y represión se refiere. El informe, al adoptar una postura restringida de la imputabilidad, no toma en consideración los desarrollos más recientes sobre el punto.

⁴⁸² GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Misión a Guatemala”, cit., párr. 32; GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Colombia”, cit., párr. 48.

⁴⁸³ Id., párr. 49.

⁴⁸⁴ “Estudio conjunto preparado por el Sr. Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Sr. Manfred Nowak, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, representado por su Vicepresidente, el Sr. Shaheen Sardar Ali; y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, representado por su Presidente, el Sr. Jeremy Sarkin”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, 13º período de sesiones, A/HRC/13/42 (19 de febrero de 2010), párrs. 15: “*El presente estudio tampoco se refiere a la detención por actores no estatales, cuando no sea imputable al Estado. Así, la toma de rehenes, el secuestro o actos comparables realizados por terroristas, criminales, rebeldes, insurgentes, fuerzas paramilitares u otros actores no estatales no quedan comprendidos en el ámbito del informe, que se centra en la detención secreta que efectúe un Estado o le sea imputable y está dirigido al Consejo de Derechos Humanos en su calidad de órgano intergubernamental*”.

Sin perjuicio de todo lo anterior, algunos informes del GTDFI condenan la práctica de desapariciones cualquiera haya sido el perpetrador del hecho, en los siguientes términos: “*En el contexto de los conflictos armados internos, algunas fuerzas rivales habrían sido responsables de desapariciones forzadas. Aunque su mandato [el del GTDFI] se limita a las violaciones cometidas por agentes del Estado o agentes no estatales que actúan con la connivencia del Estado, el Grupo de Trabajo condena la práctica de las desapariciones, sin tener en cuenta quien sea el autor*”⁴⁸⁵. Por ejemplo, respecto de la situación de Nepal, un informe del mismo Grupo de Trabajo señaló que “*El Grupo de Trabajo constató que el fenómeno de las desapariciones en Nepal está generalizado y que las fuerzas de seguridad de Nepal recurren a ellas arbitrariamente. También los insurgentes maoístas suelen privar de libertad, haciendo caso omiso de la ley*”⁴⁸⁶.

Otro antecedente en que se matiza la tendencia del GTDFI es el informe sobre la visita realizada a México desde el 18 al 31 de marzo de 2011. En este documento se afirma que el contexto de violencia reinante en ese país tiene entre sus principales causas el incremento de la criminalidad organizada. En base a ello, el informe señala

⁴⁸⁵ GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. 62º período de sesiones, E/CN.4/2006/56 (27 de diciembre de 2005), párr. 8. En relación a las situaciones de Nepal, Colombia y Uganda, una idea similar se expresó de pasada en el siguiente informe: GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Aplicación de la resolución 60/251... A/HRC/4/41*, cit., párr. 18. En general, vid. también GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos...* E/CN.4/2006/56, cit., párr. 8.

⁴⁸⁶ GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos...* E/CN.4/2006/56, cit., párr. 386. Para el detalle de las violaciones de derechos humanos supuestamente cometidas por el Partido Comunista de Nepal (Maoísta), cfr. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Human rights abuses by the CPN-M*. Summary of concerns. September 2006 [En línea]. Disponible en <[http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/\(httpDocuments\)/E9A2D445BBEF1EE5C12571F50029DE09/\\$file/CPN-M+Summary+of+Concerns+25+Sept06.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpDocuments)/E9A2D445BBEF1EE5C12571F50029DE09/$file/CPN-M+Summary+of+Concerns+25+Sept06.pdf)>; GTDFI. “Report submitted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on the Mission to Nepal. 6-14 december 2004”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a Nepal, 61º período de sesiones. E/CN.4/2005/65/Add.1 (28 de enero de 2005), párrs. 25-31.

que “*el fenómeno de las desapariciones forzadas no puede entenderse adecuadamente sin tomar en cuenta el contexto actual de violencia y la presencia de la criminalidad organizada. Sin embargo, no todos los crímenes cometidos en el país, incluidas las desapariciones forzadas, pueden ser atribuidos a la delincuencia organizada*”⁴⁸⁷. Por lo tanto, el Grupo manifiesta su preocupación ante desapariciones que probablemente han sido ejecutadas por el crimen organizado y da cuenta detallada de esta clase de desapariciones, especialmente, en el epígrafe destinado a ciertos grupos vulnerables; a saber: menores, mujeres, migrantes, defensores de los derechos humanos, periodistas, así como activistas sociales y sindicales⁴⁸⁸.

En definitiva, en relación al aspecto técnico-jurídico de la desaparición, el Grupo se mantiene fiel a su tendencia tradicional y se declara incompetente para tratar casos de desapariciones cometidas por agentes no estatales. Sin embargo, existen algunos documentos en los que lamenta y condena toda clase de desapariciones, cualquiera sea el tipo de autor que las haya cometido.

En el ámbito de actuación del GTDFI, la exclusión de las desapariciones cometidas por agentes no estatales de su ámbito competencial, genera la consecuencia práctica de no continuar con la investigación de los casos en que el Grupo certifique que los autores del hecho no tienen ningún nexo con el Estado. Por ejemplo, en el informe del año 2007 se da cuenta de la exclusión de 39 casos en Uganda por esta razón⁴⁸⁹.

Dado que la *DPPDF*, instrumento internacional que ha inspirado y guiado el desempeño de la labor de este órgano, no contiene una explícita referencia a los agentes no estatales, debe reconocerse que para el GTDFI puede ser complicado enfrentar ciertas clases de desapariciones que quizás están excluidas de su competencia. Lo anterior, queda reforzado por el hecho de que las resoluciones que fijan su mandato, tampoco se remiten a esta cuestión. Pero más allá de los tecnicismos, cabe preguntarse si, dada la naturaleza humanitaria de este órgano, se justifica que se excluya de sus tareas toda desaparición

⁴⁸⁷ GTDF. *El Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias concluye su visita a México* [En línea], epígrafe “La seguridad”, 31 de marzo de 2011. Disponible en <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10907&LangID=S>>. [Consulta: 25 de julio de 2011].

⁴⁸⁸ Íd., epígrafe “Grupos en situación de especial vulnerabilidad”.

⁴⁸⁹ GTDFI. “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Aplicación de la resolución 60/251...* A/HRC/4/41, cit., párr. 444.

ejecutada por agentes no estatales y que no se haya enfrentado un debate profundo sobre la materia. Dado que la *CIPPDF* ha abierto una puerta hacia los actores no estatales, es necesaria una revisión conjunta del problema por el Comité y el Grupo, para que asuman una posición clara y bien fundamentada ante casos de desapariciones cometidas por agentes dicha clase de agentes.

2.2.3.2. Análisis de la jurisprudencia de la CorteIDH y del TEDH.

Desde su primera sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la CorteIDH se ha mostrado favorable a la aplicación del estándar de diligencia debida ante supuestos de desapariciones cometidas por agentes no estatales. De acuerdo a esta sentencia, en relación con la obligación de prevención, “*un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención*”⁴⁹⁰.

Si bien para la CorteIDH estaba comprobada la participación de agentes estatales en la desaparición de Velásquez, en su argumentación explica que la responsabilidad estatal se hubiera configurado de todos modos, aunque no se hubiera determinado la calidad del autor, dado que el Estado hubiera incurrido en la infracción de su deber general de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos⁴⁹¹. Esta posición ha seguido siendo mantenida por la CorteIDH en otras sentencias posteriores sobre desapariciones⁴⁹².

⁴⁹⁰ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 172. Cabe recordar que para la CorteIDH, la obligación de prevención “*abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales*”. Vid. CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 175; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 185.

⁴⁹¹ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 182.

⁴⁹² CorteIDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, cit., párr. 140; *Caballero Delgado y Santana*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, n° 22, párr. 56; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 182.

De acuerdo a la jurisprudencia de este tribunal internacional, la diligencia debida también puede tener cierta relevancia para la obligación de investigar. Para la CorteIDH, este deber rige respecto de toda violación de los derechos humanos, aun cuando hayan sido ejecutadas por grupos de particulares. En efecto, *“si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”*⁴⁹³.

Por lo tanto, la jurisprudencia de la CorteIDH deja asentado el principio conforme al cual todo Estado tiene el deber de prevenir e investigar cualquier desaparición forzada, inclusive aquella cometida por agentes no estatales. Ahora bien, es cierto que no existe en la jurisprudencia de este tribunal una sentencia que desarrolle con profundidad este principio, básicamente porque la CorteIDH no ha conocido ningún caso en que se probase claramente que el autor de la desaparición era un sujeto no estatal. De modo general, la Corte simplemente ha planteado la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del Estado a consecuencia de la infracción del deber de prevención e investigación o en casos en que no se pudo determinar con certeza el vínculo entre el autor y el aparato estatal.

Sin perjuicio de la carencia de un desarrollo profundo sobre el tema, creemos que se trata de un antecedente a tomar en consideración, más aun si se analizan algunas sentencias sobre desapariciones forzadas del TEDH que no parecen seguir este criterio.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en la sentencia recaída en el caso *Kurt vs. Turquía*. En este caso, el TEDH no tenía del todo claro si los autores de las desapariciones eran sujetos estatales, ya que durante el proceso el demandante intentó acreditar la intervención del Estado exclusivamente mediante prueba de presunciones, consideradas insuficientes por el Tribunal⁴⁹⁴.

⁴⁹³ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 176; *Godínez Cruz vs. Honduras*, cit., párr. 187; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, n° 37, párr. 91.

⁴⁹⁴ TEDH, *Kurt vs. Turkey*, judgment, 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998, párrs. 107-109.

Ahora bien, al plantearse qué razonamiento seguir para los efectos de valorar eventuales violaciones a la obligación general de garantía, el Tribunal sólo se remite a los agentes estatales. En otras palabras, si bien en la letra de la sentencia no se excluye explícitamente la posibilidad de la responsabilidad internacional para casos de agentes no estatales, sí se deduce de la forma en que el Tribunal se planteó el asunto. En efecto, la sentencia expresa que “*the Court must carefully scrutinise whether there does in fact exist concrete evidence which would lead it to conclude that her son was, beyond reasonable doubt, killed by the authorities either while in detention in the village or at some subsequent stage*”⁴⁹⁵. Por ende, el Tribunal no abre la posibilidad a una eventual responsabilidad del Estado ante un supuesto en que el ejecutor de la desaparición sea un agente no estatal, porque sólo acota su razonamiento a las autoridades estatales⁴⁹⁶.

Sin embargo, el TEDH ha aplicado el estándar de diligencia debida en materia de desapariciones en sentencias como la recaída en *Mahmut Kaya vs. Turkey*⁴⁹⁷. En el proceso no se pudo determinar si los autores del hecho eran agentes no estatales pertenecientes a un grupo de contraguerrilla o si el Estado estaba involucrado, pese a la existencia de numerosos indicios que conducían a esta última conclusión⁴⁹⁸.

Desde un principio, la sentencia aplica un principio intrínseco a la diligencia debida, según el cual no todo riesgo de afectación de un derecho humano debe desencadenar la implementación de medidas de prevención estatales que eviten el hecho dañoso. Señala el Tribunal que “*Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the*

⁴⁹⁵ Id., párr. 107: [La Corte debe escrutar cuidadosamente si de hecho existe evidencia concreta que permita concluir, más allá de toda duda razonable, que su hijo fue asesinado por las autoridades durante su detención en la aldea o en una etapa posterior].

⁴⁹⁶ ZEGVELD, op. cit., pp. 170-171, sostiene una opinión similar, aunque con algunos matices. Para la profesora de la Universidad de Leiden, en la sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la CorteIDH abre la posibilidad para cualquier clase de agente no estatal, mientras que el TEDH, en la sentencia *Kurt vs Turquía*, restringe esa posibilidad a los grupos de oposición armada, porque en el contexto de esa sentencia, el único grupo que podría haber cometido la desaparición, en el evento de que no hubieran intervenido agentes no estatales, era el Partido de Trabajadores del Kurdistán (PKK).

⁴⁹⁷ TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, judgment, application n° 22535/93, 28 de marzo de 2000. Los hechos del caso se refieren a la desaparición de un médico de nacionalidad turca en la ciudad de Elazig en Kurdistán.

⁴⁹⁸ Id., párr. 87.

*authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materializing*⁴⁹⁹. Se trata de una limitación realista, porque el Estado no es una entidad todopoderosa⁵⁰⁰ que detenta la obligación de evitar a toda costa que se produzca un riesgo o un hecho dañoso⁵⁰¹. El deber de prevención debe satisfacerse siempre y cuando las circunstancias lo permitan, de modo que la responsabilidad estatal por el incumplimiento de esta obligación no es ilimitada⁵⁰².

La cuestión fundamental sobre la que el Tribunal debía razonar era si las autoridades estatales habían fallado en proporcionar la protección debida a la víctima⁵⁰³, al igual que en todas las sentencias de este Tribunal citadas anteriormente a propósito de la diligencia debida⁵⁰⁴. Para tales efectos, el Tribunal utiliza la teoría del riesgo real e inminente, debiendo valorar:

- i. Si la víctima efectivamente se encontraba en una situación de riesgo.
- ii. Si las autoridades estaban conscientes de esa situación.
- iii. Si adoptaron todas las medidas que estaban a su alcance para intentar evitar el hecho.

Todos estos estándares son inherentes a la diligencia debida, tal como puede inferirse del análisis de cada criterio que será abordado a continuación.

⁴⁹⁹ Id., párr. 86: [Teniendo presente las dificultades en la política de las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones operativas que deben adoptarse en términos de prioridades y recursos, la obligación positiva debe ser interpretada en una manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades. En consecuencia, no todo reclamo de riesgo a la vida puede implicar para las autoridades una exigencia convencional de adoptar medidas operativas para prevenir que ese riesgo se materialice].

⁵⁰⁰ ZEGVELD, op. cit., p. 182.

⁵⁰¹ Id., p. 182; CorteIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, n° 146, párr. 155.

⁵⁰² Cfr. ZEGVELD, op. cit., p. 182; GARCÍA ELORRÍA, op. cit., p. 16; CorteIDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., párr. 280; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párr. 78; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, op. cit., párr. 123; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 175.

⁵⁰³ TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, cit., párrs. 85-87.

⁵⁰⁴ Vid. *supra* 2.2.2.2. del presente capítulo.

i. La situación de riesgo.

En cuanto a la existencia del riesgo, en la sentencia se determinó que la víctima estaba sujeta a un riesgo real e inminente dado el contexto de violenta represión encauzada por las autoridades estatales contra los simpatizantes del Partido de Trabajadores del Kurdistan (PKK). De acuerdo a la prueba del proceso, era probable que Kaya hubiera prestado algún tipo de ayuda a los integrantes de dicho grupo⁵⁰⁵.

Según la jurisprudencia de la CorteIDH y del TEDH, el riesgo debe cumplir dos características esenciales: debe ser real e inminente. Sin embargo, las sentencias de estos dos tribunales internacionales no explican en qué consiste cada una de estas cualidades.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una sentencia que puede ayudar a comprender cómo se refleja en la práctica la exigencia de realidad e inminencia del riesgo. Se trata de la sentencia *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* de la CorteIDH relativa a la desaparición y posterior muerte de tres mujeres en Ciudad Juárez ocurrida en un contexto de violencia con connotaciones de género en contra de las mujeres. El tribunal diferenció dos momentos para los efectos de valorar el cumplimiento de la obligación internacional de prevención. El primer período se refiere al tiempo previo a las desapariciones. La Corte señala que *“a pesar de que [el Estado] tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas”*. De todas formas, a renglón seguido la afirmación se matiza, señalándose que sí configura una violación de la obligación de prevención la no implementación de una política general cuando se percibió un patrón sistemático de la violencia contra las mujeres en la mencionada ciudad mexicana⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, cit., párrs. 88-89.

⁵⁰⁶ CorteIDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 283.

El segundo período comienza con la desaparición y acaba con el hallazgo de los cuerpos. Para la Corte, con la denuncia de las desapariciones surge el conocimiento de un riesgo real e inmediato que no fue enfrentado de manera razonable por las autoridades, debido a una serie de fallas en la búsqueda e investigación⁵⁰⁷.

Para la Corte parece ser que el riesgo real e inminente es el que surge de una situación o caso concreto, que está produciéndose o puede producirse dentro de un breve período de tiempo y que requiere una atención urgente de parte de las autoridades.

GARCÍA ELORRIO, tras analizar la jurisprudencia sobre la materia de este Tribunal, identifica dos categorías de riesgos: general y real. El primero se configura ante la presencia de patrones sistemáticos de violaciones de los derechos humanos, mientras que el segundo se refiere a una persona o grupo de personas específicas. En relación con lo anterior, esta misma autora considera que la identificación de la persona o grupo de personas en riesgo es uno de los elementos que habilita el surgimiento de una obligación positiva de prevención⁵⁰⁸.

ii. La consciencia o conocimiento del riesgo.

Esta exigencia implica que el Estado conozca o esté obligado a conocer la existencia de un riesgo⁵⁰⁹. De acuerdo a la sentencia *Kaya*, uno de los testigos del proceso comentó que la policía le había interrogado sobre la víctima e incluso le había señalado que Kaya recibiría un duro castigo. Además, en algunos informes investigativos nacionales sobre la situación en la zona de conflicto, se daba cuenta de conexiones entre los agentes estatales, los homicidios no aclarados y las actividades de organizaciones contra-guerrilleras⁵¹⁰.

No se trata de un elemento subjetivo, porque no se requiere que los órganos estatales conozcan la posibilidad de un daño, pese a que la terminología que suele utilizarse en la práctica puede conducir a ese malentendido. Se trata de un criterio

⁵⁰⁷ Id., párr. 284-285.

⁵⁰⁸ GARCÍA ELORRIO, op. cit., p. 13.

⁵⁰⁹ Cfr. ZEGVELD, op. cit., p. 192 y las siguientes sentencias: TEDH. *Akkoç vs. Turkey*, cit., párr. 78; *Kiliç vs. Turkey*, cit., párrs. 62-63; *Osman vs. The United Kingdom*, cit., párrs. 115-116. CorteIDH. *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., párr. 280; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, cit., párr. 78; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., párr. 155; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, cit., párr. 123.

⁵¹⁰ TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, cit., párrs. 90-91.

objetivo que debe ser valorado a la luz de las circunstancias de hecho de cada caso determinado. En efecto, habrá que determinar en cada situación, de acuerdo a los antecedentes que la conforman, si el riesgo o el daño podían haber sido previstos por los órganos estatales, pero no en base a una valoración subjetiva de tales órganos, sino en base a una valoración objetiva de los hechos vinculados con el caso.

Un factor que puede ser ilustrativo como circunstancia fáctica a considerar en la valoración del conocimiento del riesgo es la frecuencia de los ataques, o dicho en otras palabras, la existencia de un patrón sistemático o generalizado de violaciones de los derechos humanos. Esto no significa que la infracción de una obligación de diligencia debida no pueda surgir de un único acontecimiento, pero también es cierto que un patrón de violaciones de derechos humanos puede constituir un antecedente relevante para los efectos de valorar el grado de exigibilidad del estándar de comportamiento esperable del Estado. En palabras más simples, si existe un patrón de violaciones está claro que el umbral de exigibilidad del Estado será más alto, porque a diferencia de un caso aislado, hay mayor probabilidad de que tenga conocimiento del riesgo⁵¹¹.

Por ejemplo, en la sentencia *Yaşa vs. Turkey* del TEDH, la Comisión Europea de Derechos Humanos argumentaba que el Estado tenía una exigencia elevada en su deber de proteger las personas que participaban en la redacción y distribución de un diario pro kurdo. Esa mayor exigencia se justificaba por las circunstancias de hecho relacionadas con el caso, entre otras, la petición de protección de parte del propietario del diario y numerosos ataques dirigidos a periodistas y distribuidores del mismo. Estos antecedentes permitían inferir que el Gobierno estaba consciente de la existencia de un riesgo para todos los involucrados con la redacción y distribución del diario⁵¹².

Para dar un ejemplo en sentido contrario al anterior, la impredecibilidad de un ataque puede ser un factor que mitigue o incluso exima la responsabilidad internacional del Estado, tal como se señala en un informe sobre Colombia, elaborado por la CIDH⁵¹³.

⁵¹¹ ZEGVELD, op. cit., p. 194.

⁵¹² TEDH, *Yaşa vs. Turkey*, judgment, 63/1997/847/1054, 2 de septiembre de 1998, párr. 106. El caso trataba del asesinato y lesiones del demandante y de su tío, dueños de un kiosco supuestamente atacados por haber vendido algunas copias del diario pro kurdo *Özgür Gündem*.

⁵¹³ CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. [En línea]. OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octubre 1993, capítulo 10, letra F. Disponible en <<http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/cap.10.htm>>. [Consulta: 16 de julio de 2011].

iii. Idoneidad y razonabilidad de las medidas.

De conformidad a esta exigencia, debe determinarse si el Estado tiene los recursos o los medios administrativos para enfrentar la situación de riesgo⁵¹⁴. Suele afirmarse que para el cumplimiento de la obligación de garantía de los derechos humanos, todo Estado debe contar con un aparato administrativo mínimamente organizado para su protección, siendo ésta una condición necesaria pero no suficiente para garantizarla⁵¹⁵.

En la sentencia *Kaya* el Tribunal consideró que en el contexto de indefensión que se vivía en la zona de conflicto, la víctima estaba excluida de cualquier clase de protección jurídica. En efecto, en la sentencia se da cuenta de graves fallas en la investigación de hechos violentos en los que estaban involucrados agentes estatales y de la delegación de dichos casos a órganos carentes de parámetros mínimos de independencia e imparcialidad⁵¹⁶. Parece ser que el Tribunal pretende expresar que el régimen de impunidad imperante en la zona, colocaba a las víctimas potenciales en una situación de especial vulnerabilidad, más aun si se considera que ese clima era generado con pleno conocimiento e intención de las autoridades estatales.

Ahora bien, la elección de las medidas depende de la discrecionalidad del Estado, ya que ni la práctica ni los tratados internacionales suelen exigir la adopción de medidas específicas y detalladas. Habrá que atender a las prescripciones de la norma

⁵¹⁴ ZEGVELD, op. cit., p. 192.

⁵¹⁵ ZEGVELD, op. cit., p. 182. Por ejemplo, en el informe conjunto de 1995 sobre la situación de Colombia, elaborado por Nigel RODLEY, Relator especial sobre la tortura y Bacre WALY NDIAYE Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, se hace referencia a una serie de falencias del aparato público que inciden en los índices de violencia del país, pero también es cierto que no se hace una evaluación de la situación en términos de infracción de diligencia debida. Vid. ECOSOC. *Comisión de Derechos Humanos. Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo, y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes. Informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de las resoluciones 1994/37 y 1994/82 de la Comisión de Derechos Humanos. Visita de los relatores especiales a la República de Colombia del 17 al 26 de octubre de 1994. E/CN.4/1995/111 (16 de enero de 1995), párr. 51-54. En la jurisprudencia de la CorteIDH, también se ha exigido la existencia de un aparato administrativo mínimamente organizado para la protección de los derechos humanos. Vid. n. 490 de este trabajo.

⁵¹⁶ TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, cit., párrs. 92-101.

primaria⁵¹⁷. Una enumeración taxativa es imposible, dado el amplio abanico de ámbitos a los que se aplica la diligencia debida⁵¹⁸.

En conclusión, mediante el análisis de esta sentencia se ha dado cuenta de la posibilidad de aplicar un razonamiento de diligencia debida para supuestos de desapariciones cometidas por agentes no estatales, siendo posible alcanzar soluciones jurídicamente coherentes y políticamente aceptables. En efecto, no se trata de responsabilizar al Estado por cualquier bagatela, sino determinar una serie de criterios que permitan valorar si las autoridades estatales debían haberse esforzado para prevenir y evitar una desaparición cometida por agentes no estatales.

Creo que la debida diligencia es una noción en construcción que debe ser objeto de mayor estudio por la doctrina. Sin embargo, a la luz de los precedentes analizados, tanto a nivel general como en relación a las desapariciones forzadas, pueden esperarse importantes proyecciones en lo que a responsabilidad internacional del Estado se refiere.

CONCLUSIONES PRELIMINARES.

De acuerdo con lo esbozado a lo largo de este capítulo, es posible exponer las siguientes conclusiones preliminares:

1. En el Derecho internacional público existe una tendencia a categorizar toda institución ajena al Estado como una institución no estatal, pero sin determinar con precisión sus contornos conceptuales. La noción de agente no estatal adolece de este mismo defecto, porque carece de una noción definida y aglutina una diversidad de sujetos muy diversos entre sí. En efecto, en la práctica

⁵¹⁷ ZEGVELD, op. cit., pp. 194-195. En cuanto a la jurisprudencia internacional, puede consultarse TEDH, *Plattform "Ärzte Für Das Leben" vs. Austria*, judgment, application n° 10126/82, 21 de junio de 1988, párr. 34. *Ärzte Für Das Leben* era una asociación de médicos contra el aborto. Los hechos del juicio se refieren a demostraciones organizadas por esta organización interrumpidas por el contrario-manifestantes pese a la presencia de un contingente policial.

⁵¹⁸ CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., párr. 175.

internacional no existe una definición general de agente no estatal, sino una pluralidad de definiciones acotadas a ámbitos de aplicación específicos. Ante este panorama algo caótico, en este trabajo se ha defendido la actitud de invertir los esfuerzos investigativos en la sistematización de los agentes no estatales.

2. Siguiendo la propuesta enunciada en el punto anterior, en la primera parte de este capítulo se han seleccionado tres categorías de agentes no estatales que por sus características pueden considerarse autores potenciales de desapariciones forzadas. Dichos sujetos son los rebeldes, insurgentes y beligerantes; los movimientos de liberación nacional y los grupos de oposición armada.
3. En la doctrina existe cierto escepticismo respecto de la posibilidad de aplicar el Derecho internacional de los Derechos humanos a situaciones de conflicto armado y especialmente, a situaciones de conflicto armados no internacional para responsabilizar sujetos no estatales que se constituyen como parte del mismo. Sin embargo, existe práctica internacional de la AGONU, el CS y diversos órganos de monitoreo de derechos humanos, que defiende la posibilidad de aplicar el Derecho internacional de los Derechos Humanos para responsabilizar sujetos no estatales en una diversidad de contextos.
4. En cuanto a los agentes no estatales, existen dos diversas reglas de imputación que han sido objeto de sistematización en este trabajo. Por una parte, existen dos reglas codificadas en el *Proyecto de la CDI* y por otra, el estándar de diligencia debida.
5. La primera regla de imputación codificada en el *Proyecto de la CDI* regula la atribución de hechos cometidos por un movimiento insurreccional que da lugar a un nuevo Gobierno o nuevo Estado. En esos casos, el nuevo Gobierno o Estado es responsable de los actos cometidos por el movimiento durante la lucha en base a la relación de continuidad que existe entre ambos. Sin embargo, la norma adolece de algunos defectos destacándose la carencia de una definición de movimiento insurreccional. En este trabajo se ha defendido una interpretación amplia de dicha noción.
6. La segunda regla de imputabilidad para sujetos no estatales plasmada en el *Proyecto de la CDI* se refiere a los actos de carácter público realizados por sujetos no estatales en situación de emergencia ante la ausencia o defecto de la

autoridad. Tales actos son imputables al Estado cuya autoridad no pudo cumplir con las funciones desempeñadas por tales sujetos.

7. La práctica sobre desapariciones forzadas en relación a estas dos últimas reglas es prácticamente nula, pero su análisis se abordado en el trabajo por razones sistemáticas, ya que son las únicas reglas codificadas sobre responsabilidad estatal respecto de sujetos no estatales.
8. En relación con la diligencia debida, no existe una codificación de reglas, ni un adecuado estudio doctrinario, aunque en una multiplicidad de ámbitos del Derecho internacional existe una profusa práctica internacional que aplica razonamientos de diligencia debida. Uno de dichos ámbitos es el Derecho internacional de los derechos humanos en relación con violaciones cometidas por agentes no estatales. La diligencia debida configura un buen estándar a la hora de valorar si el Estado ha infringido la obligación general de garantía consagrada en todos los sistemas de protección de derechos humanos, especialmente, en relación al deber específico de prevención.
9. En cuanto a las desapariciones forzadas, no existe práctica del Comité contra las Desapariciones Forzadas, porque se acaba de constituir como tal. Por su parte, el GTDFI se ha mostrado reacio a enfrascarse en casos de desapariciones cometidas por agentes no estatales, básicamente porque se trata de supuestos que exceden la órbita de su mandato y porque la definición de la *DPPDF*, instrumento internacional que ha trazado el marco jurídico del actuar del Grupo de Trabajo, no contempla referencias a esa clase de sujetos. En este trabajo se ha criticado esta actitud, principalmente porque se ha sustentado en una argumentación poco rigurosa y obsoleta, que debe ser objeto de revisión conjunta por el mismo Grupo de Trabajo y el nuevo Comité, a la luz de la entrada en vigor de la *CIPPDF*, que abre la puerta al tratamiento de los sujetos no estatales como autores de desapariciones.
10. Pese a lo anterior, la diligencia debida ha sido objeto de aplicación por el TEDH y por la CorteIDH. El primero de estos tribunales internacionales de derechos humanos ha ido construyendo una serie de criterios para comprobar la infracción del deber de garantía, especialmente, en lo que al derecho a la vida se refiere. Luego, esos criterios han sido aplicados a propósito de las desapariciones. Básicamente, aplica la teoría del riesgo real e inminente, en cuya virtud debe

comprobarse si la víctima estaba sujeta a un riesgo de esa índole y si el Estado, siendo consciente de dicha situación, adoptó todas las medidas pertinentes para evitar el hecho o para reprimirlo una vez producido.

11. Por lo que respecta a la CorteIDH, si bien desde su primera sentencia ha propugnado el principio de la aplicación de la diligencia debida para casos de desapariciones cometidas por cualquier clase de sujetos, no lo ha desarrollado de una manera adecuada a lo largo de las sentencias posteriores, también porque no ha resultado ningún caso de desapariciones forzadas cometidas por esa clase de agentes.
12. El estándar de diligencia debida es una institución en construcción de la que cabe esperar soluciones jurídicas adecuadas ante casos de desapariciones cometidas por agentes no estatales.

CONCLUSIONES

Al cabo de este trabajo de investigación, es posible esbozar las siguientes conclusiones:

1. La desaparición forzada de personas posee –y necesita– una autonomía conceptual, porque las figuras tradicionales son insuficientes para brindar una adecuada protección a todos los derechos y bienes jurídicos vulnerados por la desaparición. Además, se diferencia claramente de otras figuras afines, como el secuestro o la tortura, en cuanto los elementos definitorios de cada una de estas figuras son disímiles.
2. De acuerdo a la opinión dominante, la noción de desaparición forzada se estructura sobre la base de tres elementos, a saber: la privación de libertad, la denegación de información y el sujeto activo. La sustracción a la protección de la ley sólo es una consecuencia de los tres elementos anteriores.
3. La noción de desaparición forzada, además de ser compleja, es problemática, porque todos sus elementos constitutivos han generado y siguen generando algún tipo de debate sobre alguno de sus aspectos. Si bien la existencia de una definición es positiva desde el punto de vista de la certeza jurídica, es deber de la doctrina y operadores jurídicos internacionales, interpretar la definición desde la perspectiva más protectora para los derechos humanos.
4. En cuanto a la conducta de privación de libertad puede ser llevada a efecto de cualquier manera. El principio de su ejecución puede estar revestido de legalidad o de ilegalidad. Sin perjuicio de ello, en este trabajo se ha sostenido que en una desaparición forzada llega el momento en que la privación de libertad se torna ilegal. Ese momento coincide con la ejecución de la denegación de información sobre la misma privación de libertad, destino y paradero de la víctima.
5. En cuanto a la denegación de información, se trata de la conducta que identifica la desaparición forzada y que permite diferenciarla de otros delitos que afectan a la libertad personal. Su contenido se refiere a la suerte y paradero de la víctima y su realización no exige la concurrencia de un requerimiento previo. Finalmente, en lo que se refiere a su iniciación, no está claro el momento exacto en que principia, porque no hay uniformidad en las fuentes internacionales acerca del

plazo que debe transcurrir para llevar al detenido a disposición del juez competente.

6. De acuerdo a la postura dominante, el sujeto activo de la desaparición forzada puede ser un agente estatal directo o indirecto. Sin perjuicio de lo anterior, existen una tendencia hacia la ampliación de responsabilidad hacia los agentes no estatales, tanto es así que el *ER* considera la organización política como un sujeto activo de la desaparición. La fórmula adoptada por la *CIPPDF* sobre esta materia es extremadamente ambigua. En este trabajo se ha defendido una interpretación amplia de acuerdo a la cual el ámbito de aplicación de dicha Convención puede expandirse hacia hipótesis de desapariciones ejecutadas por agentes no estatales.
7. La sustracción a la protección de la ley no es un elemento de la noción de desaparición, sino una consecuencia de los elementos anteriores. La exigencia de cuestiones anexas a este elemento, ya sea de carácter temporal o intencional, es del todo desaconsejable, porque conllevaría una restricción exagerada de la noción de desaparición, aparejada a la acotación insoportable de su ámbito de aplicación. Por estas razones, en este trabajo se ha criticado la incorporación de tales elementos en la definición del *ER*.
8. Respecto de la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones cometidas por agentes estatales directos, se aplica el principio de unidad del Estado como regla de imputación básica, tal como ha quedado demostrado por la práctica y jurisprudencia internacional sobre desapariciones.
9. La teoría de los actos *ultra vires*, también puede ser aplicada a las desapariciones cometidas por agentes estatales, existiendo práctica internacional que confirma dicha afirmación.
10. En la práctica relativa a desapariciones cometidas por agentes estatales directos, se ha centrado la atención en la identificación de los sujetos que han llevado a cabo la primera etapa o fase de la desaparición y se ha desatendido atribuir los comportamientos de los sujetos que intervienen en la segunda fase. La consideración autónoma e integral del fenómeno de las desapariciones conduce a la necesidad de prestar una mayor atención en este punto, a fin de reforzar las declaraciones de imputabilidad, especialmente en casos más difusos en los que

no pueda identificarse con precisión quién comete la privación de libertad pero sí la denegación de información.

11. La valoración de la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas cometidas por agentes estatales indirectos depende de la categoría de agente, porque existen diferentes reglas de imputabilidad que se aplican según la clase de sujeto de que se trate.
12. Respecto de grupos estructurados y jerárquicamente organizados existe una controversia general expresada en la jurisprudencia internacional sobre el estándar de control aplicable, discutiéndose si el estándar más adecuado es el test de control global o el test de control efectivo. En este trabajo se ha defendido la aplicación del estándar de control global, no sólo por la existencia de números y diversos precedentes internacionales que directa o indirectamente lo han aplicado, sino también porque sus elementos estructurales son más acordes a la tipología del grupo en cuestión, teniendo presente la *ratio juris* del estándar.
13. Para individuos o grupos no organizados, rige el criterio de las instrucciones, aunque existen algunos supuestos problemáticos. El primero de ellos se remite a individuos o grupos de individuos privados que realiza una tarea específica de tipo lícito, pero que violan una obligación internacional del Estado en el cumplimiento de esta tarea. Lo que se discute en este supuesto es la posibilidad de aplicar la teoría de los actos *ultra vires*. Al respecto existen dos teorías contrapuestas. La primera de ellas rechaza la aplicación de los actos *ultra vires*, bajo el argumento de su exclusiva procedencia ante una relación orgánica entre el Estado y el ejecutor del acto. La segunda teoría, justifica la aplicación de los actos *ultra vires* por su carácter de principio general de Derecho internacional público.

Ahora bien, tratándose de un grupo jerarquizado, basta con aplicar el test de control global, siendo del todo irrelevante un razonamiento en base a la teoría de los actos *ultra vires*, porque satisfechas las exigencias del *overall control* no tiene sentido razonar sobre la eventual extralimitación en la actuación del sujeto. El segundo supuesto problemático se refiere a individuos asimilados a un órgano estatal. Se discute su autonomía como supuesto y se ha sugerido considerarlo

como una modalidad de individuos a quienes el Estado encarga la comisión de actos internacionalmente ilícitos.

14. La práctica internacional sobre desapariciones forzadas ha aplicado tanto es estándar de control como la regla de las instrucciones. Sin embargo, no todos los precedentes desarrollan adecuadamente la argumentación jurídica sobre la aplicación del test de control. En este trabajo se ha criticado la ausencia de un desarrollo técnicamente más riguroso del punto en la jurisprudencia de la CorteIDH, en la que se confunde la teoría del riesgo real e inminente con el test de control global.
15. Respecto de las instrucciones, no existen precedentes que se ajusten con exactitud al ámbito de aplicación de este criterio, aunque el contexto de las entregas extraordinarias practicadas con motivo de la “guerra contra el terrorismo” podría configurar un campo fértil para su procedencia.
16. En la regulación convencional de la desaparición forzada, existen claras referencias tanto a los agentes estatales directos, como a los agentes estatales indirectos, de modo que la responsabilidad estatal puede surgir si la desaparición ha sido cometida por cualquiera de estos dos tipos de sujetos. Sin perjuicio de lo anterior, no existe claridad sobre la relación entre las modalidades de intervención estatal en la desaparición cometidas por agentes estatales indirectos y las reglas de imputación aplicables a esos casos. Se trata de un asunto no desarrollado ni en la doctrina, ni en la práctica internacional.
17. En cuanto a los agentes no estatales, existen dos tipos de reglas de imputación, según la sistematización que se ha empleado en este trabajo. Un primer tipo comprende dos reglas de imputación codificadas en el *Proyecto de la CDI*, mientras que el segundo tipo se refiere a la aplicación del estándar de diligencia debida.
18. La primera regla de imputación codificada en el *Proyecto de la CDI* regula la atribución de hechos cometidos por un movimiento insurreccional que da lugar a un nuevo Gobierno o a un nuevo Estado. En esos casos, el nuevo Gobierno o Estado es responsable de los actos cometidos por el movimiento durante la lucha en base a la relación de continuidad que existe entre ambos.
19. La segunda regla de imputabilidad para sujetos no estatales plasmada en el *Proyecto de la CDI* se refiere a los actos de carácter público realizados por

- sujetos no estatales en situación de emergencia ante la ausencia o defecto de la autoridad. Tales actos son imputables al Estado cuya autoridad no pudo cumplir con las funciones desempeñadas por tales sujetos.
20. La práctica sobre desapariciones forzadas en relación a estas dos últimas reglas es prácticamente nula, pero su análisis ha sido abordado por razones sistemáticas, ya que son las únicas reglas codificadas sobre responsabilidad estatal respecto de sujetos no estatales.
 21. En cuanto a las desapariciones forzadas, no existe práctica del Comité contra las Desapariciones Forzadas, porque se acaba de constituir como tal. Por su parte, el GTDFI se ha mostrado reacio a enfrascarse en casos de desapariciones cometidas por agentes no estatales. En este trabajo se ha criticado esta actitud, principalmente porque se ha sustentado en una argumentación poco rigurosa y obsoleta, que debe ser objeto de revisión conjunta por el mismo Grupo de Trabajo y por el nuevo Comité a la luz de la entrada en vigor de la *CIPPDF*, que sí abre la puerta al tratamiento de los sujetos no estatales como autores de desapariciones.
 22. la diligencia debida ha sido objeto de aplicación por el TEDH y por la CorteIDH. El primero de estos Tribunales internacionales de derechos humanos ha ido construyendo una serie de criterios para comprobar la infracción del deber de garantía, especialmente, en lo que al derecho a la vida se refiere. Luego, esos criterios han sido aplicados a propósito de las desapariciones. Básicamente, aplica la teoría del riesgo real e inminente, en cuya virtud debe comprobarse si la víctima estaba sujeta a un riesgo real e inminente y si el Estado estando consciente de dicha situación, adoptó todas las medidas pertinentes para evitar el hecho o para reprimirlo una vez producido.
 23. Por lo que respecta a la CorteIDH, si bien desde su primera sentencia ha propugnado el principio de la aplicación de la diligencia debida para casos de desapariciones cometidas por cualquier clase de sujetos, no lo ha desarrollado de una manera adecuada a lo largo de las sentencias posteriores, también porque no ha resultado ningún caso de desapariciones forzadas cometidas por esa clase de agentes.

24. El estándar de diligencia debida es una institución en construcción de la que cabe esperar soluciones jurídicas adecuadas ante casos de desapariciones cometidas por agentes no estatales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina.

ABREU BURELLI, Alirio. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. 2 vols. San José de Costa Rica: t. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 113-129.

AGUIAR, Asrúbal. “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos”, en VV.AA., *Estudios básicos de derechos humanos I*. Compilado por Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza; presentado por Antonio A. Cançado Trindade. San José de Costa Rica: Instituto interamericano de derechos humanos, 1994, pp. 117-133.

ALSTON, Philip. “The ‘Non-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”, en VV.AA., *Non-State Actors and Human Rights*, Philip Alston (ed.). Oxford: Oxford University Press, 2005, 3-36.

ANNONI, Alessandra. “La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 58, fasc. 3, año 2005, pp. 667-702.

AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho penal internacional*. Bases para una elaboración dogmática. Trad. de Ezequiel Malarino. Bogotá: Temis-Konrad Adenauer Stiftung-Duncker & Humblot, 2006.

AMBOS, Kai y BOHM, María Laura, “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparado internacional y propuesta legislativa”, en VV.AA., *Desapariciones forzada de personas*. Análisis comparado e internacional. Kai Ambos y Juliana Correa (coord.). Bogotá: Temis, 2009, pp. 195-255.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Edición y traducción a cargo de Editorial de Amnistía Internacional (EDAI). Londres: Amnesty International Publications, 1998.

ANDERSON, Kirsten, "How effective is the 'International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances' likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of enforced disappearances?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, octubre de 2007, pp. 247-277.

ANDREU-GUZMÁN, Federico. "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *The review of the ICJ*, septiembre 2001, n° 62-63, pp. 73-106.

- *La desaparición forzada de personas* [en línea]. Presentado en el *Seminario de Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 OIT: Balance y Retos*, 27-28 de enero de 2009. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 2009. Disponible en http://ibcperu.org/biblioteca/resultado.php?criterio=combo&palabra_clave=Desaparici%C3%B3n%20frzada. [Consulta: 9 de junio 2010].

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*. Trad. de Carlos Ribalta. Barcelona: Lumen, 1999.

ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA. *Segunda presentación de la ARMH ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU* [En línea], 20 agosto 2002. Disponible en <http://www.memoriacatalunya.org/documents/doc130.htm> [Consulta: 23 de agosto de 2011].

ATLAM, Hazem. "National liberation movements and international responsibility", en VV.AA., *United Nations Codification of State Responsibility*. Marina Spinedi y Bruno Simma (eds.). New York: Oceana, 1987, pp. 35-56.

AVAAZ. *¡Salvemos los desaparecidos de Siria!* [En línea], 27 de julio de 2011. Disponible en https://secure.avaaz.org/es/syrias_disappeared/. [Consulta: 23 de agosto de 2011].

BARNIDGE Jr., Robert P. *Non state actors and terrorism. Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*. La Haya: TMC Asser Press.

BARRETT, Joseph, "Chechnya's last hope? Enforced disappearances and the European Court of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 22, 2009, pp. 133-143.

BARTOLINI, Giulio. "Organi di fatto e responsabilità internazionale: recenti sviluppi", *La Comunit internazionale*, vol. 56, nº 3, 2001, pp. 435-473.

- "Il concetto di «controllo» sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello stato", en VV.AA., *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*. Problemi e spunti di riflessione. Marina Spinedi, Alessandra Gianelli y Maria Luisa Alaimo (coords.). Milano: Giuffré, 2006, pp. 25-52.

BORZUTZKY, Silvia. "The politics of impunity: the cold war, state terror, trauma trials and reparation in Argentina and Chile", *Latin american research review*, vol. 42, nº 3, october 2007, pp. 167-186.

BROODY, Reed/GONZALEZ, Felipe. "Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»", *Human Rights Quarterly*, vol. 17, nº 2, mayo 1997, pp. 365-405.

BROWNLIE, Ian, *System of the law of nations*. State responsibility (Part I) (1982), 1ª reimpression. Oxford: Clarendon Press, 1986.

BUSÉ, Margaret. *Non-State Actors and Their Significance* [En línea]. Disponible en http://maic.jmu.edu/journal/5.3/features/maggie_buse_nsa/maggie_buse.htm.

[Consulta: 22 de junio de 2011].

BUTTON, Jillian. "Spirited away (into a legal black hole?): the challenge of invoking state responsibility for extraordinary rendition", *Florida Journal of International Law*, vol. 19, nº 3, diciembre 2009, pp. 531-568.

CARELLA, Gabriella. "Responsabilità internazionale", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 13, 1998, pp. 241-273.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Introducción a su estructura, dinámica y funciones (1991). 2ª reimpression. Madrid: Tecnos, 1994.

CASSESE, Antonio. Wars of national liberation and humanitarian law”, en VV.AA., *Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principles: Essays in Honour to Jean Pictet*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1984, pp. 313-324.

- “The Status of Rebels Under The 1977 Geneva Protocol of Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, pp. 416-439. *International law in a divided world*. Oxford: Clarendon press, 1986.
- *Diritto internazionale*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- “The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia”, *The European Journal of International Law*, vol. 18, nº 4, 2007, pp. 649-668.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Parthenon, 2007.

CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of Non-State actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

- “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 863, septiembre de 2006, <[http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/74uml9/\\$File/irr_863_Clapham.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/74uml9/$File/irr_863_Clapham.pdf)>.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Violaciones de derechos Humanos y violencia sociopolítica en Colombia*. Derecho a la vida. Desapariciones forzadas. Total de víctimas desaparecidas y porcentaje de autoría por presuntos autores según períodos julio de 1996 a junio de 2009. [En línea]. Bogotá, 17 de mayo de 2011. Disponible en <http://www.coljuristas.org/documentos/cifras/cif_2011-05-17.pdf>. [Consulta: 11 de agosto de 2011].

COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. *Guatemala Memoria del Silencio. Tz’inil Na’Tab’Al*. Conclusiones y recomendaciones [En línea]. Disponible

en <<http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/report/spanish/toc.html>>. [Consulta: 26 de junio de 2011].

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. “El CICR, la Liga y el Informe sobre la Reevaluación del Cometido de la Cruz Roja (III)”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, tercer año, nº 28, julio-agosto 1978, pp. 205-215.

- *Commentaries on the Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*. [En línea]. Disponibles en <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/375-590007?OpenDocument>>. [Consulta: 16 de abril de 2011].
- *Commentaries on the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Person in Time of War*. [En línea]. <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600034?OpenDocument>>. [Consulta: 16 de abril de 2011].

CORTÁZAR, Julio. “Negación del olvido”, *Araucaria Chile*, nº 14, 1982, p. 21-23.

CRAWFORD, James. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad Internacional del estado*. Introducción, texto y comentarios. Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca, bajo la supervisión de Carlos Espósito. Madrid: Dykinson, 2004.

DE HOOGH, ANDRÉ J. J., “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC articles on state responsibility, the Tadic case and attribution of acts of bosnian serb authorities to the Federal Republic of Yugoslavia”, *The British Yearbook of International Law*, vol. LXXII, 2001, pp. 255-292.

DE SCHUTTER, Bartholomé. “Competence of the national judiciary power in case the accused has been unlawfully brought within the national frontiers”, *Revue belge de Droit International*, vol. I, 1965, pp. 88-124.

DIONIS, Gregorio, *La aparición de osamentas en una antigua base militar de la CIA reabre las operaciones encubiertas argentino-norteamericana en Honduras* [En línea]. Equipo Nizkor, 7 de septiembre de 2001. Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/honduras/doc/aguacate1.html>>. [Consulta: 10 de marzo de 2011].

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. “La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”. *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Derecho internacional de los derechos humanos. Ricardo Méndez Silva (coord.). Serie Doctrina Jurídica, n° 98. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 663-686.

EQUIPO NIZQOR, John Dimitri Negroponte [En línea], Disponible en <<http://www.derechos.org/nizkor/negroponte/>>. [Consulta: 10 de marzo de 2011].

ESPOSITO, Andreana, GENTILE, Gianluca y TRASPASSO, Maria Teresa. "I crimini contro l' umanità", en VV.AA. (ed.) *La Corte Penale Internazionale*. Organi-Competenza-Reati-Processo. Giorgio Lattanzi y Vito Monetti coords. Milano: Giuffré Editore, 2006, pp. 600-758.

FARRIOR, Stephanie. “State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors”, *American Society of International Law*, n° 92, 1998, pp. 299-306.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. “La Guerra Civil española y el Derecho internacional”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 61, n° 1, enero-junio 2009, pp. 75-97.

FLECK, Dieter. “Humanitarian Protection Against Non-State Actors”, en VV.AA., *Verhandeln für den Frieden–Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*. Berlín: Springer, 2003, pp. 69-94.

GAETA, Paola “War crimes trials before italian criminal courts: new trends”, en VV.AA., *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Horst Fischer, Claus Kress y Sascha Rolf Lüder (eds). Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag (BWV), 2004, pp. 751-768.

GALAIN PALERMO, Pablo, “Uruguay”, en VV.AA., *Desapariciones forzada de personas*. Análisis comparado e internacional. Kai Ambos y Juliana Correa (coord.). Bogotá: Temis, 2009, pp. 133-175.

GARCÍA ELORRIO, Magdalena. “Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, vol. 1, n° 1, 2011. Disponible en

<<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/286>>. [Consulta: 14 de julio de 2011].

GAWANDE, Atul, "The United States holds tens of thousands of inmates in long-term solitary confinement. Is this torture?" [En línea]. *The New Yorker*, 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.newyorker.com/reporting/2009/03/30/090330fa_fact_gawande>. [Consulta: 7 de junio de 2010].

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio/SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis/SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2ª edición revisada. Madrid: Civitas, 2002.

GRAMMER, Christoph, "Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada", trad de Teresa Mando Porto, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 20042, año 2004, pp. 815-828.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo/CERVELL HORTAL, María José. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Curso general de Derecho Internacional Público (1995), 2ª edición. Madrid: Trotta, 2008.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Chile", en VV. AA., *La jurisprudencia latinoamericana sobre el derecho penal internacional*. Con informes adicionales de España e Italia, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 131-158.

HALL, Christopher K., "Article 7 Crimes against humanity para. 2(i)", en VV.AA., *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Observers' Notes, Article by Article (1999). Otto Triffterer ed., 2ª ed. München-Oxford-Baden: C.H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 221-226.

HERNÁNDEZ, Belén. "Una fosa común bajo los columpios" [En línea]. *El País*, 17 de agosto de 2011. Disponible en <http://www.elpais.com/articulo/espana/fosa/comun/columpios/elpepiesp/20110817elpepinac_15/Tes>. [Consulta: 23 de agosto de 2011].

HIGH-LEVEL PANEL ON THREATS, CHALLENGES AND CHANGE OF ONU. *A more secure world: Our shared responsibility*. S. 1.: United Nation Department of Public Information, 2004.

HURWITZ, Leo. *Trial of Adolf Eichmann* [Video en línea]. Yad Vashem Museum. Disponible en <<http://www.youtube.com/EichmannTrialEN>>. [Consulta: 14 de abril de 2011].

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties*, 25 de agosto de 1999, Berlín.

INTERNATIONAL CAMPAIGN TO BAN LANDMINES. *Non-State Armed Groups* [En línea]. Disponible en <<http://www.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/Non-State-Armed-Groups>>. [Consulta: 22 de junio de 2011].

INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY. *Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups*. Versoix: s.e., 2000.

JENNINGS, Robert/WATTS, Arthur (eds.). *Oppenheim' International Law*. Vol. I. Peace. Introduction and part 1 (1905), 9ª edición. Harlow: Longman Group UK Limited, 1996.

JUNOD, Sylvie S. “Preámbulo”, en VV.AA., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios* (1986). Trad. de José Chocomeli Lera, con la colaboración de Mauricio Duque Ortiz (Referencias: Margarita Serrano García y María Ecuyer). Bogotá: Plaza & Janés, 1998, pp. 71-78.

- “Título I-Alcance del presente Protocolo”, en VV.AA., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios* (1986). Trad. de José Chocomeli Lera, con la colaboración de Mauricio Duque Ortiz (Referencias: Margarita Serrano García y María Ecuyer). Bogotá: Plaza & Janés, 1998, pp. 79-112.

KLABBERS, Jan. “(I Can’ t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the emergence of Non-State Actors”, en VV.AA., *Non-State-Actors and International Law*, Andrea Bianchi (ed.). Dartmouth: Ashgate, 2009, pp. 37-55.

KRESS, Clauss “L’organe *de facto* en Droit international public. Reflexions sus l’imputation a l’etat de l’acte d’un particulier a la lumiere des developpements recents”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, pp. 93-144.

LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi. “Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell’ illecito internazionale”, en VV.AA., *Il Diritto internazionale al tempo della sua codificazione*. Studi in onore di Roberto Ago. 4 vols. Milán: t. III, Giuffré, 1987, pp. 153-165.

LINGHAMMAR, Philipp, *A study of the international legal instruments addressing enforced disappearance* [en línea], Lund: Lunds Universite-Human Rights Studies, 2009. Disponible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1316380&fileId=1316381>. [Consulta: 18 de noviembre de 2010].

LIPSDAT, Deborah, *The Eichmann trial*. Nueva York: Nextbook Press/Schocken, 2011.

LOZANO CONTRERAS, José Fernando. *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*. Barcelona: Atelier-Universidad de Alicante, 2007.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho internacional público*. Parte general (1993), 4ª edición revisada. Madrid: Trotta, 2005.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Los 40 años de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5, 2009, p. 30.

MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2007.

MEINI, Iván, “Perú”, en VV.AA., *Desapariciones forzada de personas*. Análisis comparado e internacional. Kai Ambos y Juliana Correa (coord.). Bogotá: Temis, 2009, pp. 106-131.

MERON, Theodor. "Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout", *The American Journal of International Law*, vol. 92, n° 2, abril 1998, pp. 236-242.

- "State Responsibility for Violations of Human Rights", *American Society of International Law Proceedings of the Annual Meeting*, vol. 83, 1989, pp. 372-385.

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis. "La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos", en VV.AA., *Desapariciones forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Kai Ambos y Juliana Correa (coord.). Bogotá: Temis, 2009, pp. 180-193.

MOIR, Lindsay. *The law of internal armed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. "La desaparición forzada de personas en América Latina", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 1996, VII, pp. 63-129.

NIKKEN, Pedro. "El concepto de derechos humanos", en VV.AA., *Estudios básicos de derechos humanos I*, cit., pp. 15-27.

OFFICE OF THE UNITED STATES CHIEF OF COUNSEL FOR PROSECUTION OF AXIS CRIMINALITY. *Nazi Conspiracy and Aggression*. 8 vols. Washington: United States Government Printing Office, 1946.

OLÁSOLO, Héctor. "Ámbito de aplicación del Derecho penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución", en VV.AA., *Legislación Antiterrorista y Estado de Derecho*, José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio (eds.). Madrid: Colex-Universidad de Castilla la Mancha, 2009, pp. 603-653.

OLÁSOLO, Héctor/PÉREZ CEPEDA, Alicia. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho internacional público* (1905-1906), 2 vols. Trad. de Antonio Marín López de la 7ª edición inglesa a cargo de Hersch Lauterpacht. Barcelona: Bosch, 1966.

PALCHETTI, Paolo. “Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati”, en VV.AA., *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*. Marina Spinedi, Alessandra Gianelli y Maria Luisa Alaimo (coords.). Milano: Giuffré, 2006, pp. 3-24.

PÉREZ ACEVEDO, Juan Pablo. “Las desapariciones forzadas de personas en el Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXIII, 2007, pp. 355-387.

PÉREZ SOLLA, María Fernanda. *Enforced disappearances in international human rights*. Jefferson-London: McFarland & Company, 2006.

PICTET, Jean et al. “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, en VV.AA., *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios* (1986). Trad. de José Chocomeli Lera, con la colaboración de Mauricio Duque Ortiz (Referencias: Margarita Serrano García y María Ecuyer). Bogotá: Plaza & Janés, 1998, pp. 319-349.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

RIEDEL, Eibe H. “Recognition of belligerency”, en VV.AA., *Encyclopedia of Public International Law*, Rudolf Bernhardt (ed.), 5 vols. Ámsterdam-Londres-Nueva York-Oxford-París-Shannon-Tokio: Elsevier, t. IV, 2000, pp. 47-50.

- “Recognition of insurgency”, en VV.AA., *Encyclopedia of Public International Law*, Rudolf Bernhardt (ed.), 5 vols. Ámsterdam-Londres-Nueva York-Oxford-París-Shannon-Tokio: Elsevier, t. IV, 2000, pp. 54-56.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, *Gaceta Jurídica*, N° 48, 1984, pp. 141-154.

RONZITTI, Natalino. "La cattura di un individuo all'estero: in margine al caso Argoud", *Rivista di diritto internazionale*, vol. XLVIII, fasc. 1, 1965, pp. 64-79.

ROUSSEAU, Charles. "L'aménagement de compétences en droit international", *Revue generate de droit international public*, t. IV, 1930, pp. 420-460.

SADAT, Leyla Nadya. “Ghost prisoners and black sites: extraordinary rendition under international law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, n° 2 y 3, 2006, pp. 309-342.

SASSÒLI, Marco. “La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario” [En línea], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 846, 2002. Disponible en <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TECBX>>. [Consulta: 29 de julio de 2011].

SCOVAZZI, Tullio/CITRONI, Gabriella. *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nation Convention*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

SIERRA LEONE TRUTH & RECONCILIATION COMMISSION. *Witness to truth*. 3 vols. 2004.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003

VAN BOVEN, Theo. “Non-State Actors. Introductory Comments [1997]”, en VV.AA., *Human Rights from Exclusion to Inclusion*. Principles and Practice: An Anthology from the work of Theo Van Boven. [Fons Coomans](#), [Cees Flinterman](#), [Fred Grunfeld](#), [Ingrid Westendorp](#) y [Jan Willems](#) (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2000, pp. 363-369.

VRANCKX, An, *A long road towards universal protection against enforced disappearance* [en línea. International Peace Information Service. Sasha Rodin (ed.). Antwerp: s.e., 2007. [Consulta: 12 de noviembre de 2010]. Disponible en <<http://www.ipisresearch.be/various-subjects.php>>.

WILSON, Heather A. *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

WITSCHER, Georg y RÜCKERT, Wiebke. "Article 7 (1)(i)-Crime Against Humanity of Enforced Disappearance of Persons", en VV.AA., *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*. Roy S. Lee (ed.). Ardsley: Transnational Publishers, 2001.

ZEGVELD, Liesbeth. *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ZELLWEGER, Valentin/KOLLER, David. "Non-State Actors, International Criminal Law and the role of the International Criminal Court", en VV.AA., *Human rights, democracy and the rule of law*. Liber amicorum Luzius Wildhaber. Stephan Breitenmoser, [Bernhard Ehrenzeller](#), Marco Sassòli, Walter Stoffel y Beatrice Wagner Pfeifer (eds.). Baden: Dike-Nomos, 2007, pp. 1619-1634.

Intrumentos internacionales.

Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Elementos de los crímenes*, primer período de sesiones, 3 al 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3.

Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana. *African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights*, CAB/LEG/67/3, rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), adoptada el 27 de junio de 1981 y entrada en vigor el 21 de octubre de 1986.

Asamblea del Comité Internacional de la Cruz Roja. *Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja*, aprobados el 24 de junio de 1998 y entrados en vigencia el 20 de julio de 1998.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas*, Belem do Pará, AG/RES 1256 (XXIV-O/94), res. de 9 de junio 1994.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

- *Acta resumida de la 45ª sesión.* Sexagésimo primer período de sesiones. A/C.3/61/SR.45.
- *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, res. 1514(XV) de 14 de diciembre de 1960.
- *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta*, res. de 15 de diciembre de 1960.
- *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976
- *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 3 de enero de 1976.
- *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*, res. 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970.
- *Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*, res. 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970.
- *Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas*, resolución 3103 (XXVIII) del 12 de diciembre de 1973.
- *Informe del Consejo Económico y Social.* Protección de los derechos humanos en Chile. 34º período de sesiones, A/54/583/Add.1 (21 noviembre 1979).
- *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la AGONU en su res. 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

- *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de junio de 1987.
- *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, res. 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, res. 47/133, 18 de diciembre de 1992.
- *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones.*, 51º período de sesiones, suplemento nº 10, A/51/10, 6 de mayo a 26 de julio de 1996.
- *Informe de la misión conjunta a Timor Oriental*, 54º período de sesiones, nota del Secretario General, A/54/660 (10 de diciembre de 1999).
- *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, res. 56/83 del 12 de diciembre de 2001.
- *We the Peoples: Civil Society, the United Nations and Global Governance. Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations–Civil Society Relations*, A/58/817 (11 de junio de 2004).
- *82ª sesión plenaria*. A/61/PV.82, 20 de diciembre de 2006.
- *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. A/RES/61/177, res. de 20 de diciembre del 2006.

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Enforced disappearances*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr. Christos POURGOURIDES. Doc. 10679, 19 September 2005.

- *Enforced disappearances*. Res. 1463(2005), 3 de octubre de 2005.
- *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*. Report Committee on Legal Affairs and Human

Rights. Rapporteur: Mr. Dick MARTY, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe. Doc. 11302 rev., 11 de junio de 2007.

Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, contenido en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001).

- “The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (continued)”, fourth report on State responsibility, A/CN.4/264 y Add. 1, 30 de junio de 1972 y 9 de abril de 1973, párr. 146, en CDI, *Yearbook of the international law commission*. Documents of the twenty-fourth session including the report of the Commission to the General Assembly, 1972, vol. II, pp. 71-160.
- “Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session (6 May-26 July 1996)”, A/51/10, en CDI, *Yearbook of the International Law Commission*. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, 1996, vol. II, part two. A/CN.4/SER.A/1996/add.1 (part 2).
- “Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April-12 June and 27 July-14 August 1998”, A/53/10, en CDI, *Yearbook of the International Law Commission*. Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fiftieth session, 1998, vol. II, part two, A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 2).
- *Primer Informe sobre la Responsabilidad de los Estados*. Preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial. Adición, 50º período de sesiones, Ginebra, 20 de abril a 12 de junio de 1998 y Nueva York, 27 de julio a 14 de agosto de 1998. A/CN.4/490/Add.5 (22 de julio de 1998).

Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la

protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión en 58º período de sesiones. E/CN.4/2002/71 (8 de enero de 2002).

- *Servicios de Asesoramiento y Cooperación Técnica en Materia de Derechos Humanos*. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las actividades de su Oficina, incluida la cooperación técnica, en Nepal. E/CN.4/2006/107 (16 de febrero de 2006).
- *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias*. Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Report of the special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum: mission to Sri Lanka (28 de noviembre a 6 de diciembre de 2005). E/CN.4/2006/53/Add.5 (27 de marzo de 2006).

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. ECOSOC. *Cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*. 12º período de sesiones, Viena, 13 a 22 de mayo de 2003.

Comisión Europea. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee*. Participation of non-state actors in EC development policy, COM(2002) 598 final, 7 de noviembre de 2002.

Comité de Derechos Humanos. *Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos"*. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt; el representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; y el Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari. Misión al Líbano y a Israel (7 a 14 de septiembre de 2006). A/HRC/2/7 (2 de octubre de 2006).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *La violencia contra la mujer*. Recomendación General n° 12, 8° período de sesiones, 1989.

- *La violencia contra la mujer*. Recomendación General n° 19, 11° período de sesiones, 1992.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. *Carta de las Naciones Unidas*, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*, Ginebra, aprobada el 10 de octubre de 1980 y entrada en vigor el 2 de diciembre de 1983.

Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada el 22 de mayo de 1969 y entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional*, A/CONF.183/9, Roma, 17 de julio de 1998.

Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra (celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949).

- *III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, Ginebra, aprobado el 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950.
- *IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, aprobado el 12 de agosto de 1949 y entrado en vigor el 21 de octubre de 1950.

Conferencia Diplomática para la adopción de una Convención sobre Municiones en Racimo. *Convención sobre municiones en racimo*, aprobada en Dublín, el 30 de mayo de 2008 y entrada en vigor el 1 de agosto de 2010.

Conferencia Diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal. *Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción*, aprobada en Oslo el 18 de septiembre de 1997 y entrada en vigor el 1 de marzo de 1999.

Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978.

- *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica.

Consejo de Derechos Humanos. “Estudio conjunto preparado por el Sr. Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Sr. Manfred Nowak, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, representado por su Vicepresidente, el Sr. Shaheen Sardar Ali; y el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, representado por su Presidente, el Sr. Jeremy Sarkin”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, 13º período de sesiones, A/HRC/13/42 (19 de febrero de 2010).

Consejo de Europa. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Roma, adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953.

Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas. Res. 752(1992) del 15 de mayo de 1992.

- Res. 757(1992) del 30 de mayo de 1992.
- *Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia*, res. 827(1993) de 25 de mayo de 1993.
- *Estatutos del Tribunal penal internacional para Ruanda*, res. 955(1994) de 8 de noviembre de 1994.
- Res. 1193 (1998) de 28 de agosto de 1998.
- Res. 1214 (1998) de 8 de diciembre de 1998.
- Res. 1216 (1998) de 21 de diciembre de 1998.
- Res. 1378 (2001) de 13 de noviembre de 2001.
- Res. 1479 (2003) de 13 de mayo de 2003.
- Res. 1509 (2003) de 19 de septiembre de 2003.
- Res. 1528 (2004) de 27 de febrero de 2004.
- Res. 1540 (2004), 8 de abril de 2004.
- *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad*, 18 de septiembre de 2004, S/2005/60 (7 de febrero de 2005).

Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos ONU. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 59º período de sesiones. E/CN.4/2003/71 (12 de febrero de 2003).

- “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos ONU. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 60º período de sesiones. E/CN.4/2004/59 (23 de febrero de 2004).
- “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos ONU. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 61º período de sesiones. E/CN.4/2005/66 (10 de marzo de 2005).
- “Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos ONU. *Los derechos civiles y políticos, en particular la cuestión relacionada con las desapariciones forzadas o involuntarias*. 62º período de sesiones. E/CN.4/2006/57 (2 de febrero de 2006).

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias. *Report of the working group on enforced or involuntary disappearance* (1996), en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment*. Question of enforced or involuntary disappearance, 52º periodo de sesiones. E/CN.4/1996/38.

- “Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo”, aprobados el 14 de noviembre de 2001, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Derechos civiles y políticos, incluso cuestiones de desapariciones y ejecuciones sumarias cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*. Informe del Grupo de

Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 58º período de sesiones. E/CN.4/2002/79 (18 de enero de 2002).

- “Report submitted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on the Mission to Nepal”, 6-14 december 2004, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a Nepal, 61º período de sesiones. E/CN.4/2005/65/Add.1 (28 de enero de 2005).
- “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. 62º período de sesiones, E/CN.4/2006/56 (27 de diciembre de 2005).
- “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Colombia”, 5 a 13 de julio de 2005, en AGONU. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias. 62º período de sesiones. E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006).
- “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos"*. 4º período de sesiones. A/HRC/4/41 (25 de enero de 2007).
- “Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Misión a Guatemala”, 19 a 21 de septiembre de 2006, en AGONU, Consejo de Derechos Humanos, *Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos"*, 4º período de sesiones. A/HRC/4/41/Add.1 (20 de febrero de 2007).

- “Comentario general sobre la definición de desaparición forzada”, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 7º período de sesiones. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008).
- “Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo”, aprobados el 30 de noviembre de 2007, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 7º período de sesiones. A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008).
- “Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, aprobados el 4 de diciembre de 2008, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 10º período de sesiones. A/HRC/10/9 (25 de febrero de 2009).
- “Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, aprobados el 14 de noviembre de 2009, en AGONU. Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 16º período de sesiones. A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011).
- *El Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias concluye su visita a México* [En línea], epígrafe “La seguridad”, 31 de marzo de 2011. Disponible en <
<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10907&LangID=S>>. [Consulta: 25 de julio de 2011].

Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia. “Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia y los derechos humanos*. 50º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/1998/19 (19 de agosto de 1998).

Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia y la cuestión de la indemnización. “Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de la justicia y la cuestión de la indemnización”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*. 48º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/1996/16 (13 de agosto de 1996).

Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria. “Opiniones emitidas por el grupo de trabajo sobre la detención arbitraria”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*. 55º período de sesiones. E/CN.4/1999/63/Add.1 (9 de noviembre de 1998).

- “Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria”, en ECOSOC. Comisión de Derechos Humanos. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención*. 66º período de sesiones. E/CN.4/2000/4 (28 de diciembre de 1999).

Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL). Informe de 19 de febrero de 1992, A/46/876 S/23580.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Human rights abuses by the CPN-M*. Summary of concerns. September 2006 [En línea]. Disponible en [http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/\(httpDocuments\)/E9A2D445BBEF1EE5C12571F50029DE09/\\$file/CPN-M+Summary+of+Concerns+25+Sept06.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpDocuments)/E9A2D445BBEF1EE5C12571F50029DE09/$file/CPN-M+Summary+of+Concerns+25+Sept06.pdf).

- *Desapariciones forzadas o involuntarias*. Folletos Informativos sobre los derechos humanos, nº 6/Rev. 3, Ginebra, 2009.

Varios.

- *Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre n° IV* [En línea]. Disponible en http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf. [Consulta: 19 de mayo de 2011].
- “[Charter of the International Military Tribunal](#)”, en Office of the United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality. *Nazi Conspiracy and Aggression*. 8 vols. Washington: t. I, United States Government Printing Office, 1946, pp. 4-12.
- *The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, Dayton, 21 de noviembre de 1995, suscritos por la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federal de Yugoslavia.

Jurisprudencia⁵¹⁹

American Venezuelan Commission. “«Dix Case», 1903-1905”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, 2006, pp. 119-121.

British Military Court. “«The Belsen Trail. Trial of Joseph Kramer and 44 Others». Luneburg, 17 de septiembre-17 noviembre 1945”, en *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty’s Stationary Office, London, 1947, vol. II, pp. 110-125.

British-Venezuelan Commission. “«Bolívar Railway Company Case», 1903”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, 2006, pp. 445-455.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Dawda K. Jawara vs. Gambia*, comunicaciones n° 147/95 y 149/96, 11 de mayo de 2000.

⁵¹⁹ En este apartado se han incluido decisiones o informes de órganos internacionales de monitoreo de derechos humanos, aunque no sean estrictamente jurisdiccionales. Sólo en relación a este epígrafe, las fuentes han sido ordenadas en orden alfabético para facilitar su identificación y búsqueda.

- *Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Angola*, comunicaciones nº 292/04, 7 al 22 de mayo de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Chumbivilcasa v. Perú*, caso 10.559, Informe nº 1/96, 1 de marzo de 1996.

- *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. [En línea]. OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octubre 1993, capítulo 10, letra F. Disponible en <<http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/cap.10.htm>>. [Consulta: 16 de julio de 2011].

Comité de Derechos Humanos. *Daniel Pinto vs. Trinidad and Tobago*, comunicación nº 512/1992, CCPR/C/57/D/512/1992, 27 de julio de 1996.

- *Jegatheeswara Sarma vs. Sri Lanka*, communication nº 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000, 31 de julio de 2003.
- *Mansour Ahani vs. Canadá*, comunicación nº 1051/2002, CCPR/C/80/D/1051/2002, 15 de junio de 2004.

Comité de la Discriminación Racial. *L.K. vs. Países Bajos*. comunicación nº 4/1991, CERD/C/42/D/4/1991, 6 de diciembre de 1991.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C, nº 109.

- *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, nº 154.
- *Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C, nº 147.
- *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, nº 36.
- *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C, nº 138.
- *Caballero Delgado y Santana*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, nº 22.

- *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, nº 37.
- *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, nº 146.
- *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C, nº 26.
- *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, nº 5.
- *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, nº 153.
- *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, nº 219.
- *Gómez Palomino vs. Perú*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, nº 136.
- *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, nº 205.
- *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, nº 186.
- *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C, nº 118.
- *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, nº 6.
- *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, nº 141.

- *Masacre de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C, nº 148.
- *Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, nº 163.
- *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, nº 134.
- *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, nº. 140.
- *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, nº 192.
- *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, nº 4, párr. 155-158.
- *Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, nº 190.

Corte Internacional de Justicia. *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, merits, judgment, 27 de junio de 1986.

- *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America vs. Iran)*, judgment, 24 de mayo de 1980.

Dili District Court. Special Panel for Serious Crimes. *Joni Marques et. al.*, judgment (TC), 9/2000, 11 de diciembre de 2001.

- *Wiranto et. al.*, indictment (TC), 5/2003, 24 de febrero de 2003.

French-Venezuelan Commission. “«French Company of Venezuelan Railroads», 31 de Julio de 1905”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 2006, pp. 285-355.

Iran-United States Claims Tribunal. Iran-United States Claims Tribunal. “«Leonard and Mavis Daley v. The Islamic Republic of Iran», case nº 10.514, 20 de abril de 1988” en *Iran-United States Claims Reports*, vol. 18, 1989, pp. 232-274.

- “«Yeager v. The Islamic Republic of Iran», case nº 10.199, 2 de noviembre de 1987”, en *International Law Reports*, vol. 82, 1990, pp. 179-203.

Special Court for Sierra Leone. *Sam Hinga Norman*, Decision on preliminary motion Based on Lack of jurisdiction (AC), SCSL-2004-14-AR72 (E), 31 de mayo de 2004.

Laudos Arbitrales

- “«Currie Case», decision nº 21, 13 de marzo de 1954”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 2006, pp. 21-27.
- “«D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case)», 30 de noviembre de 1925”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, 2006, pp. 160-165.
- “«Différend Héritiers de S.A.R. Mgr le Duc de Guise», 3 de abril y 18 de diciembre de 1950, 15 de septiembre de 1951 y 20 de noviembre de 1953”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIII, 2006, pp. 150-170.
- “«Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) vs. Great Britain», 19 de diciembre de 1920”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, 2006, pp. 42-44.
- “«Isaac Moses vs. México», American Docket, convention de 4 de julio de 1868”, en BASSETT MOORE, John, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a party*, 6 vols., vol. III. Washington: Government Press Office, 1898, pp. 3127-3129.
- “«La Masica Case (Great Britain, Honduras)», 7 de diciembre de 1916”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, 2006, pp. 549-561.
- “«Leigh Valley Railcompany, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and various nderwriters (United States) vs. Germany. Sabotage cases,

16 de octubre de 1930”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VIII, 2006, pp. 84-101.

- “«The Claims of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company”, et. al. (El Salvador, United States)», 2 y 8 de mayo de 1902”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, 2006, pp. 455-479.

Mexico/U.S.A. General Claims Commission. “«Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) vs. United Mexican States», decision, 15 de Julio de 1927”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, pp. 265-268.

- “«Francisco Mallén (United Mexican States) v. United States of America», 27 de abril de 1927”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, pp. 173-190.
- “«Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States», 23 de noviembre de 1926”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, p. 110-117.
- “«William T. Way (U.S.A.) v. United Mexican States», decision, 18 de octubre de 1928”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, pp. 391-401.

Netherlands-Venezuelan Commission, “Maal case”, en ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 2006, pp. 730-733.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Akdeniz and others vs. Turkey*, judgment, application n° 23954/94, 31 de mayo de 2001.

- *Akkoç vs. Turkey*, judgment, applications n° 22947/93 y 22948/93, 10 de octubre de 2000.
- *Alikhadzhiyeva v. Russia*, judgment, application n° 68007/01, 17 de febrero de 2011.
- *Çakici vs. Turkey*, judgment, application n° 23657/94, 8 de julio de 1999.
- *Cyprus vs. Turkey*, judgment, application n° 25781/94, 10 de mayo de 2001.

- *Ilaşcu and others vs. Moldova and Russia*, judgment (GC), application n° 48787/99, 8 de julio de 2004.
- *Imakayeva vs. Russia*, judgment, 9 de noviembre de 2006, application n° 7615/02.
- *Ireland vs. the United Kingdom*, judgment (Court Plenary), application n° 5310/71, 18 de enero de 1978.
- *Khakiyeva, Temergeriyeva and others v. Russia*, judgment, 17 de febrero de 2011, application n° 45081/06 and 7820/07.
- *Kiliç vs. Turkey*, judgment, application n° 22492/93, 28 de marzo de 2000.
- *Kurt vs. Turkey*, judgment, 15/1997/799/1002, 25 de mayo de 1998.
- *Loizidou vs. Turquía*, judgment (GC), application n°1996/3, 18 diciembre 1996
- *Mahmut Kaya v. Turkey*, judgment, application n° 22535/93, 28 de marzo de 2000.
- *Orhan vs. Turkey*, judgment, 18 de junio de 2002, application n° 25656/94.
- *Osman vs. The United Kingdom*, judgment, 87/1997/871/1083, 28 de octubre de 1998.
- *Paul y Audrey Edwards vs. United Kingdom*, judgment, application n° 46477/99, 14 de marzo de 2002.
- *Plattform "Ärzte Für Das Leben" vs. Austria*, judgment, application n° 10126/82, 21 de junio de 1988.
- *Stocké vs. Federal Republic of Germany*, judgement, application n° 11755/85, 19 de marzo de 1991.
- *Tekdağ vs. Turkey*, judgment, 15 de enero de 2004, Application n° 27699/95.
- *Timurtaş vs. Turkey*, judgment, 13 de junio de 2000, application n° 23531/94
- *Yaşa vs. Turkey*, judgment, 63/1997/847/1054, 2 de septiembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

- *Aleksovski*, judgment (AC), IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000.
- *Blaškić*, judgment (AC), IT-95-14-A, 29 de julio de 2004.
- *Čelebići camp*, judgment, IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001.
- *Kordić and Čerkez*, judgment (AC), IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004.
- *Tadić*, judgment (AC), IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

United States Court of Claims. “«Royal Holland Lloyd vs. The United States», 7 de diciembre de 1931”, en *Annual digest of public international law cases: being a selection from the decisions of international and national courts and tribunals*. Years 1931 and 1932, vol. VI, 1938, pp. 442-446.

